

**Die rechtlichen Beziehungen zwischen
Verkäufer, Käufer und Finanzierungsinstitut
bei sog. B-Geschäften und Teilzahlungs-
barkrediten**

Peter Tscheuschner

1970



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548328_0039

Die rechtlichen Beziehungen zwischen Verkäufer, Käufer und
Finanzierungsinstitut bei sog. B-Geschäften und Teilzahlungsbarkrediten

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Peter Tscheuschner

München 1969

Referent: Professor Dr. Werner Rother

Korreferent: Professor Dr. Karl Larenz

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Februar 1970



Gliederung

	Seite
<u>1. Teil</u>	
I. Einleitung	1
II. Die Darstellung des A-, B- und C-Geschäftes	4
III. Die Stellung des B-Geschäftes innerhalb der Kreditgeschäfte	7
IV. Die Behandlung des B-Geschäftes in der Rechtsprechung	9
1. Schadensersatzansprüche des Käufers gegen die Bank aus culpa in contrahendo oder Positiver Forderungsverletzung	10
a) Verschulden der Bank	12
b) Verschulden des Verkäufers	21
2. Der innere Zusammenhang von Kauf- und Darlehnsvertrag	28
V. Lösungsversuche in der Rechtslehre	34
1. Die sog. Einheitstheorie	34
a) § 139 BGB	34
b) § 812 BGB	36
c) Fortfall der Geschäftsgrundlage	42
d) Vertrauensschutz auf Grund von Werbung	43
e) Weitere Argumente der Einheitstheorie	45
2. Lösungsvorschlag von Strack	46
3. Lösungsvorschlag von M. v. Bieberstein	51
4. Lösungsvorschlag von Stock	56
5. Lösungsvorschlag von Mück	57

II

	Seite
VI. Eigener Lösungsvorschlag (Schlichte Interessengemeinschaft)	59
1. Rechtshistorischer Überblick	61
2. Die Darstellung der gleichgerichteten Interessen des Verkäufers und der Bank	73
3. Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Verkäufer und Bank	82
4. Die subsidiäre Haftung der Bank	85
5. Die Begrenzung des schutzbedürftigen Käuferkreises	89
VII. Zusammenfassung	93
<u>2. Teil:</u> Die Teilzahlungsbarkredite	94
I. 1. Die wirtschaftlichen Vorgänge bei einem "Persönlichen Kleinkredit" und einem "Anschaffungsdarlehn"	94
a) Die Anwendbarkeit des AbzG auf das B-Geschäft	
II. 1. Der Darlehnsnehmer hat bei einem Anschaffungsdarlehn nicht das Recht, sich auf Mängel des Kaufvertrags zu berufen	102

I. Einleitung

Das Wesen des Kaufs ist die Hingabe von Sachen oder Rechten im Austausch gegen Geld. In der Regel sind Ware und Kaufpreis Zug um Zug zu leisten¹⁾.

Diese Form des Kaufs, der Barkauf, war bis weit in die 2. Hälfte des vorigen Jahrhunderts der Normalfall des Warenumschs. Zwar wurde bereits um das Jahr 1800, z. Z. der französischen Revolution, in Frankreich zum ersten Mal vom Verbraucher in größerem Rahmen Ware auf Kredit gekauft, jedoch blieben diese Kreditgeschäfte auf Frankreich und auf die U. S. A. beschränkt²⁾. Erst im Jahre 1849 ging der Hamburger Kaufmann Friedländer von dem Prinzip des Warenverkaufs gegen Barzahlung ab, indem er Kleidungsstücke auf Teilzahlung gegen Wochenraten ohne weitere Sicherheiten verkaufte und somit den organisierten Kundenkredit zur Grundlage seines Geschäftes machte³⁾. Von diesem Zeitpunkt an, bis in die Zeit nach dem 1. Weltkrieg, waren Kreditgeber fast ausschließlich die Industrie und der Handel; eine Kreditgewährung an den Endverbraucher seitens einer Bank setzte entsprechende persönliche Beziehungen voraus.

Eine Änderung hinsichtlich der Person des Kreditgebers trat erst nach dem 1. Weltkrieg ein; denn mit dem zunehmenden Umfang der Abzahlungs-geschäfte vermehrte sich der Kapitalbedarf des Verkäufers. Diesem Kapitalbedarf stand eine Kapitalrezession - bedingt durch die Inflation nach dem 1. Weltkrieg - gegenüber, so daß auch die bankmäßigen Sicherheiten (z. B. Selbstschuldnerische Bürgschaften, Sicherungsübereignungen, Hypotheken, Grundschulden) nicht mehr geboten werden konnten⁴⁾.

Die Banken selbst besaßen keinerlei Erfahrung in der Finanzierung der Teilzahlungsgeschäfte. So kam es um 1925 zur Gründung von Kreditinstituten,

1) Enn.-L., § 101, Ziff. 3

2) Vgl. Crisolli-Ostler, Einl., Anm. 3

3) Vgl. Crisolli-Ostler, aaO.

4) Vgl. Crisolli-Ostler, aaO.

die sich ausschließlich mit den "finanzierten Teilzahlungskäufen"¹⁾ befaßten. Die größten Umsatzsteigerungen erzielten die Finanzierungsinstitute in den Jahren 1958 bis 1962²⁾.

In den Jahren von 1963 - 1967 betrug der Gesamtbestand an Konsumentenratenkrediten sämtlicher Bankgruppen durchschnittlich 8 Mrd. DM (wachsend von 7,1 auf 8,84 Mrd.), wobei rund 3 Mrd. auf die Teilzahlungsinstitute entfielen³⁾. Auffallend ist hierbei, daß sich die Kredite im A-Geschäft - bei dieser Kreditform gibt die Bank dem Käufer "Kaufschecks", mit denen der Käufer bei bestimmten Verkäufern "wie bar" bezahlen kann -⁴⁾ seit 1962 von 1 Mrd. auf 1,7 Mrd. DM erhöht haben. Andererseits stagnieren die Kredite im B-Geschäft - hier überweist die Bank den Darlehnsbetrag unmittelbar auf das Konto des Verkäufers -⁵⁾ bei ungefähr 2,3 Mrd. DM. Von diesen 2,3 Mrd. DM gehören rund 1,6 Mrd. DM zum Bestand der Teilzahlungskreditinstitute; da die Kredite im A-Geschäft voll aus dem Bestand der Teilzahlungsinstitute stammen, ist bei diesen Kreditinstituten der Anteil des A- und des B-Geschäftes am gesamten Teilzahlungskredit nunmehr gleich groß.

Ursache für die Stagnation im B-Geschäft dürfte sowohl das Vordringen neuer Kreditformen sein, nämlich der sog. Persönlichen Kleinkredite und der Anschaffungsdarlehn, als auch die käuferfreundliche Rechtsprechung des BGH⁶⁾. Von der rechtlichen Problematik her gesehen ist das B-Ge -

1) Der Ausdruck "Finanzierter Kauf" hat sich allgemein durchgesetzt (vgl. Larenz II § 39 IV). Man sollte jedoch, wie Möllers hervorhebt, vom sog. finanzierten Teilzahlungskauf sprechen, um ihn dadurch deutlich vom gewöhnlichen Abzahlungskauf abzugrenzen. (Vgl. Möllers NJW 67, 1782)

2) Vgl. die Zahlenangaben bei Doehring TW 1962, 6 und 75.

3) Vgl. die Zahlenangaben bei Esser, Festschrift, S. 94, Fußn. 9; basierend auf dem Monatsbericht der Bundesbank vom Januar 1968

4) Vgl. die Darstellung auf S. 4

5) Vgl. die Darstellung auf S. 5

6) Ein Vertreter einer Gruppe von Teilzahlungsbanken hatte vor Verkündigung der acht Urteile am 20. II. 1967 (BGHZ 47, 207-253) das Gericht gebeten, alle Fragen dieses Rechtsgebietes umfassend zu entscheiden; "dann können wir entscheiden, ob der Betrieb noch gewinnbringend fortgesetzt werden kann" (vgl. Pagendarm WM 1967, 343).

schaft das interessanteste. Dies zeigt sich bereits an der Fülle von Gerichtsentscheidungen, die hierzu ergangen sind.

Während die Literatur und die Rechtsprechung der unteren Gerichte fast einhellig¹⁾ der Meinung waren, daß dem Käufer bei einem B-Geschäft nur soweit Schutz gewährt werden könne, wie der Schutz des AbzG reiche, er also z. B. Mängelrügen und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber dem Darlehensrückforderungsanspruch der Bank nicht erheben könne, hatte der BGH bereits in einem Urteil vom 29. 10. 1956²⁾ dem Käufer das Recht zugebilligt, sich bei einem B-Geschäft der Bank gegenüber auf Mängel des Kaufvertrages zu berufen³⁾.

Diese Arbeit prüft in ihrem ersten Teil, wie die Berufung des Käufers auf Mängel des Kaufvertrages gegenüber dem Darlehensrückforderungsanspruch des Finanzierungsinstituts mit der Rechtsdogmatik des BGB zu vereinbaren ist. Unter kaufrechtlichen Mängeln - die vom AbzG nicht berücksichtigt worden sind - werden hier die Fälle der Nichterfüllung, Wandlung, Minderung und Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen verstanden.

Im Mittelpunkt des 2. Teils der Arbeit steht das Problem, ob das Abzahlungsgesetz auf die sog. Teilzahlungsbarkredite Anwendung findet und ob sich auch hier der Käufer gegenüber dem Darlehensrückforderungsanspruch der Bank auf Mängel des Kaufvertrages berufen kann.

1) Vgl. die Zitate in BGHZ 37, 96 und 47, 233.

2) BGHZ 22, 96 ff= NJW 1957, 17

3) Dieses Urteil des BGH stieß vielfach auf Kritik der unteren Gerichte. So faßte das LG Hamburg (MDR 1958, 162) seine Ablehnung in einem "in seiner Polemik für deutsche Gerichte ungewöhnlichen Armenrechtsbeschuß" (M. v. Bieberstein, S. 62) mit den Worten zusammen: "Der weitergehende Schritt des BGH (nämlich die Zulassung von kaufrechtlichen Mängeln gegenüber dem Darlehensanspruch der Bank. Anm. des Verfassers) verläßt deshalb den klaren Boden des Gesetzes. Aus Billigkeitserwägungen wird Recht geschöpft." Vgl. zu diesem Beschuß des LG die zustimmende Anmerkung von Wendt in MDR 1958, 163.

II. Die Darstellung des A-, B- und C-Geschäftes

Bei dem B-Geschäft schließt der Käufer mit dem Verkäufer einen Kaufvertrag und läßt sich die Sache übergeben, soweit der Käufer sie vorrätig hat¹⁾.

Der Verkäufer behält sich in der Regel im Kaufvertrag das Eigentum an der Ware bis zur vollständigen Bezahlung vor²⁾. Gleichzeitig füllt der Käufer einen formularmäßig abgefaßten Darlehnsantrag aus. Das Antragsformular hat der Verkäufer von einem Finanzierungsinstitut bezogen, mit dem er i. d. R. einen sogenannten Rahmenvertrag geschlossen hat. In diesem Rahmenvertrag erklärt das Finanzierungsinstitut seine Bereitschaft, den Kunden des Verkäufers im Rahmen eines Höchstbetrages Darlehn zu gewähren³⁾.

Zugleich weist der Käufer die Bank unwiderruflich an, nach Annahme des Darlehnsantrages die Darlehnssumme an den Verkäufer zu überweisen⁴⁾.

Der Kaufvertrag wird unter der auflösenden Bedingung geschlossen, daß ein Darlehnsvertrag zustande kommt⁵⁾. Wird der Darlehnsvertrag nicht wirksam abgeschlossen (z. B. wegen mangelnder Kreditwürdigkeit des Käufers), so entfällt der Kaufvertrag mit der Wirkung, daß der Verkäufer kondizieren kann. Hat der Käufer das Formular ausgefüllt, übersendet der Verkäufer es - nebst Kaufvertrag - der Bank. Nimmt die Bank den Antrag an, so entsteht zwischen dem Käufer und der Bank ein Darlehnsverhältnis⁶⁾, aus

1) Bei Gegenständen, die der Verkäufer nicht vorrätig hat, erfolgt die Lieferung erst einige Zeit später. Rechtliche Bedeutung hat die spätere Auslieferung für die sog. Vorausquittungen erlangt, vgl. dazu S. 13

2) Möllers, HTzW, S. 489

3) Krauss, S. 15 f; Klausning, S. 83 f.

4) Krauss, S. 27 ff; Möllers, aaO.

5) Mark, S. 97; Möllers HTzW, S. 491

6) Dieses Darlehnsverhältnis wird nach dem erkennbaren Parteiwillen also nicht erst mit der Hingabe des Darlehns begründet. Der Darlehnsvertrag wird als ein Konsensualvertrag geschlossen. Dem steht der Wortlaut des § 607 BGB nicht entgegen (vgl. Larenz II § 47 II mit weiteren Nachweisen).

dem die Verpflichtung der Bank folgt, die Darlehnssumme auszuzahlen. Die Bank nimmt i. d. R. die Auszahlung der Darlehnsvaluta nicht sofort nach Vertragsabschluß vor, sondern erst dann, wenn der Käufer der Bank eine - meist formularmäßig abgefaßte - Bestätigung über den Erhalt der Ware abgibt¹⁾. Hat die Bank eine solche Lieferbestätigung erhalten, überweist sie die Darlehnssumme an den Verkäufer, freilich mit einem Abzug von 10 bis 20 % der Summe, die auf einem Sperrkonto des Verkäufers einbehalten werden²⁾.

Mit der Überweisung der Darlehnssumme erlischt die Kaufpreisforderung des Verkäufers gegen den Käufer. Damit wird der Käufer Eigentümer der Sache, aber nur, damit nach den dem Darlehnsvertrag zu Grunde liegenden Bedingungen die Bank im Wege eines antizipierten Besitzkonstituts das Sicherungseigentum an der Ware erwirbt³⁾.

Aus dem Darlehnsvertrag bleibt der Käufer verpflichtet, das Darlehn in den vereinbarten Raten ausschließlich an die Bank zurückzuzahlen.

Das C-Geschäft ist eine Unterart des B-Geschäftes. Bei dieser Vertragsform werden zusätzlich Wechsel verwendet, die, vom Verkäufer ausgestellt, vom Käufer akzeptiert, an die Bank gegeben werden. Die Beteiligten haften dann auch wechselseitig am Verfallstage⁴⁾.

Beim A-Geschäft, auch "Königsberger Schecksysteem" genannt⁵⁾, besteht zwischen der Bank und dem Verkäufer ebenfalls ein Rahmenvertrag. In diesem Vertrag haben der Verkäufer und die Bank vereinbart, daß den Kunden des Verkäufers das Darlehn in Form von "Kaufchecks" gewährt

1) Crisolli-Ostler, § 6, Anm. 94

2) Möllers TF, S. 20; heute wird i. d. R. ein noch geringerer Teil der Summe, nämlich 3 - 5 %, auf das Sperrkonto des Verkäufers eingezahlt (Vgl. Krauss, S. 59).

3) Larenz II § 39 IV; Möllers HTzW, S. 490

4) Möllers, HTzW, S. 501; Larenz, aaO.

5) Weil diese Geschäftsform erstmalig von der im Jahre 1926 in Königsberg gegründeten Kundenkredit GmbH praktiziert wurde (vgl. Crisolli-Ostler § 6, Anm. 63).

wird, mit denen sie bei dem Verkäufer wie "bar" bezahlen können¹⁾. Der Verkäufer ist verpflichtet, diese Schecks anzunehmen; die Bank hat sich verpflichtet, die vom Verkäufer präsentierten Kaufschecks einzulösen und den Betrag abzüglich eines "Unkostenbetrages" seinem Konto gutzuschreiben.

1) Möllers HTzW, S. 482 ff.

III. Die Stellung des B-Geschäftes innerhalb der Kreditgeschäfte

Um das B-Geschäft zutreffend zu würdigen, erscheint es angebracht, seine Stellung in der Struktur der Kreditgeschäfte zu fixieren und es damit von anderen Kreditgeschäften abzugrenzen.

Die Kreditgeschäfte gliedern sich in Warenkredit- und Geldkreditgeschäfte¹⁾.

Als Warenkreditgeschäfte bezeichnet man die Geschäfte, bei denen die Ware ohne sofortige Bezahlung abgegeben wird, der Kreditgeber also darauf vertraut, daß der Kaufpreis ratenweise getilgt wird. Wesentliches Merkmal ist hierbei, daß ein Geldgeber am Geschäft unmittelbar nicht beteiligt ist²⁾. Durch die Abtretung der restlichen Kaufpreisforderung an den Großhändler oder den Hersteller wird das Risiko einer Zahlungseinstellung durch den Käufer auf diese verlagert³⁾.

Die Geldkreditgeschäfte verdanken ihre Bezeichnung der darlehensweisen Hingabe von Geld, wobei entscheidend ist, daß ein Dritter als Geldgeber in die Reihe von Hersteller - Großhändler - Einzelhändler - Käufer tritt⁴⁾. Diese Geschäfte bezeichnet man als Finanzierungsverträge. Die Finanzierungsverträge gliedern sich ihrerseits - je nach der Person des Kreditneh-

1) Möllers HTzW, S. 467

2) Möllers, aaO., weist darauf hin, daß auch diese Kreditgeschäfte gelegentlich als Finanzierungsgeschäfte bezeichnet werden, weil u. U. der Verkäufer nur kreditieren kann, wenn er oder seine Vormänner (Großhändler, Hersteller) einen Geldkredit aufnehmen, (sog. Refinanzierung) oder eigene Mittel einsetzen (Eigenfinanzierung). Jedoch sind diese Kreditgeschäfte keine eigentlichen Finanzierungsverträge, weil ein Geldgeber am Kaufgeschäft nicht unmittelbar beteiligt ist.

3) Möllers HTzW, S. 467 f.

4) Crisolli-Ostler, § 6, Anm. 59

mers - in Absatz - und Kundenfinanzierung¹⁾. Eine Absatzfinanzierung liegt in den Fällen vor²⁾, in denen der Geldgeber den Darlehnsvertrag mit dem Verkäufer schließt³⁾.

Als Kundenfinanzierung bezeichnet man die Geschäfte, bei denen der Darlehnsvertrag zwischen Geldgeber und Käufer besteht³⁾.

Bei der Kundenfinanzierung unterscheidet man die A-, B- und C-Geschäfte^{4) 5)}.

- 1) Möllers HTzW, S. 468; Rühl, S. 279 ff; Mühlhauser MDR 1955, 265 ff (268); Ewald, S. 148 f; Klauß § 6 Anh., Anm. 493; Crisolli-Ostler § 6, Anm. 59.

Eine andere Einteilung findet sich bei M. v. Bieberstein (S. 13 f), der die Teilfinanzierung in Abtretungskonstruktion, Darlehnskonstruktion und Königsberger Schecksystern gliedert, da die andere Bezeichnung (Absatz- und Kundenfinanzierung) einen seiner Meinung nach nicht vorhandenen wirtschaftlichen Unterschied vortäusche. An die Tatsache des Fehlens eines wirtschaftlichen Unterschieds bei der Absatz- und Kundenfinanzierung knüpft M. v. Bieberstein sodann weitreichende rechtliche Folgerungen, mit denen sich diese Arbeit noch ausführlich auseinandersetzen wird. Aus diesem Grunde wird auch die Berechtigung für eine andere Einteilung der Kreditgeschäfte - als sie hier vorgenommen wurde - später geprüft werden. (s. S. 52)

- 2) Crisolli-Ostler § 6, Anm. 41 - 46; Klauß, § 6, Anm. 493; Möllers HTzW, S. 468

- 3) Crisolli-Ostler § 6, Anm. 61

- 4) M. v. Bieberstein, S. 13; Krauss, S. 9 ff; Crisolli-Ostler § 6, Anm. 63 A mit weiteren Nachweisen.

- 5) Zum Zwecke besserer Überschaubarkeit wird darauf verzichtet, die auftretenden Mischformen von Kunden- und Absatzfinanzierung darzustellen. (Wenn z. B. nach den Darlehnsbedingungen Käufer und Verkäufer Gesamtschuldner sein sollen). In diesen Fällen will Möllers (TF, S. 40) darauf abstellen, wer das unmittelbare Interesse an der Finanzierung hat und danach entweder eine Kundenfinanzierung oder eine Absatzfinanzierung annehmen. Das unmittelbare Interesse ist als Kriterium zur Abgrenzung jedoch wenig geeignet, da sowohl der Käufer wie der Verkäufer ein Interesse an der Finanzierung haben. Zutreffender ist es, darauf abzustellen, ob die Kaufpreisforderung zum Erlöschen gebracht oder ob sie weiter bestehen soll. Geht der Parteiwille dahin, daß die Kaufpreisforderung erlöschen soll, so wird eine Kundenfinanzierung anzunehmen sein, im anderen Fall eine Absatzfinanzierung. (Vgl. auch Crisolli-Ostler § 6, Anm. 62).

IV. Die Behandlung des B-Geschäftes in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat - ausgehend von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise - das B-Geschäft mit einem normalen Abzahlungskauf, bei dem der Verkäufer selbst als Kreditgeber auftritt, als verwandt angesehen und daher das B-Geschäft dem AbzG unterworfen¹⁾. Die hier zu erörternde Problematik, nämlich die Auswirkung von kaufrechtlichen Einwendungen auf den Bestand des Darlehnsvertrages, sind nach h. M.²⁾ mit dem AbzG nicht zu lösen. "Es geht auch nicht an, die Grundsätze, die zu den §§ 5, 6 AbzG entwickelt worden sind ... auf alle Einwendungen auszudehnen, die er sonst gegen den Kaufvertrag erheben kann. Jene Grundsätze sind schon eine Fortentwicklung des geschriebenen Rechts."³⁾ Als solche Einwendungen kommen in der Praxis vor allem die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und Sachmängelrügen in Betracht.

Viele Gerichte haben die Problematik, ob der Käufer kaufrechtliche Einwendungen, die ihre Grundlage nicht mehr im AbzG haben, auch gegenüber dem Darlehnsrückforderungsanspruch der Bank geltend machen kann, unerörtert gelassen und darauf abgestellt, ob der Bank oder dem Verkäufer eine Verletzung ihrer Pflichten gegenüber dem Käufer vorzuwerfen war. Die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle des B-Geschäftes, in denen die Klage der Bank auf Rückzahlung des Darlehns abgewiesen wurde, lassen sich daher in zwei Gruppen gliedern:

Zur ersten gehören alle jene Entscheidungen, in denen dem Darlehnsanspruch der Bank ein gleich hoher Schadensersatzanspruch des Käufers aus culpa in contrahendo (c.i.c.) oder positiver Forderungsverletzung des Darlehnsvertrages gegenüberstand.

Die zweite Gruppe umfaßt die Fälle, in denen die Rechtsprechung die Darlehnsklage aus anderen Gründen abgewiesen hat.

1) So schon das Kammergericht JW 1931, 75 ff.

2) Vgl. die Nachweise, S. 56, Fußn. 1

3) BGH in LM, Nr. 5 zu §§ 5, 6 AbzG

IV. 1. Schadensersatzansprüche des Käufers gegen die Bank aus culpa in contrahendo oder Positiver Forderungsverletzung

Das Rechtsinstitut der c. i. c. ist heute allgemein anerkannt, und zwar nicht auf Grund einer Gesamtanalogie der §§ 122, 307, 309, 523 I, 524 I, 600, 694 BGB¹⁾, sondern kraft schöpferischer Rechtsfortbildung²⁾ durch Lehre und Rechtsprechung. "Infolge langjähriger Übung und Aufnahme in das allgemeine Rechtsbewußtsein hat es heute die Kraft eines Gewohnheitsrechts."³⁾ Mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder eines sie vorbereitenden geschäftlichen Kontakts werden sekundäre Verhaltenspflichten begründet (z. B. Aufklärungs-, Mitteilungs-, Obhuts- und Sorgfaltspflichten). Maßstab für diese Pflichten ist der § 242 BGB. Zu ersetzen ist der Schaden, den jemand dadurch erlitten hat, daß er auf das Zustandekommen des Vertrages vertraut hat, also das negative Interesse, der Vertrauensschaden. Grundsätzlich kann das Erfüllungsinteresse nicht verlangt werden.

Das Rechtsinstitut der Positiven Forderungsverletzung ist heute gleichfalls anerkannt. Es umfaßt die Fälle "einer durch Schlechterfüllung oder durch Verletzung einer sonstigen Verhaltenspflicht bewirkten Schädigung des Gläubigers, die weder auf einer Unmöglichkeit noch auf der Verzögerung der Leistung beruht."⁴⁾ Dem Gläubiger entsteht ein sog. Begleitscha-

1) So Palandt-Danckelmann § 276, Anm. 6 a

2) Larenz I § 4 V (S. 41). Die angeführten Vorschriften seien zu verstreut und in ihrem Anwendungsbereich zu begrenzt, um eine Gesamtanalogie zu rechtfertigen. Die Nennung des § 122 sei zudem nicht berechtigt, da diese Vorschrift eine vom Verschulden losgelöste Vertrauens- oder Anscheinshaftung darstelle. - Esser (§ 10, 1 c) hält aus den gleichen Gründen auch den § 307 BGB nicht für analogiefähig.

3) Larenz I (S. 41). Zur c. i. c. vgl. auch Ballerstedt AcP 151, 501 ff.

4) Larenz I § 23 I a mit weiteren Nachweisen

den^{1) 2)}.

1) Leonhard, A., S. 542

2) Das Problem der Abgrenzung der c. i. c. von der Positiven Forderungsverletzung soll hier nur angedeutet werden. Die Positive Forderungsverletzung setzt einerseits keinen bestehenden Vertrag voraus, sondern findet auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen Anwendung (Pal. § 276, Anm. 7 b; Larenz I § 23 I). Andererseits werden Ansprüche aus c. i. c. nicht durch einen späteren Vertrag ausgeschlossen. Pflichtverletzungen werden bei beiden Rechtsinstituten nach Analogie von Vertragsverletzungen beurteilt. Zwar kann das Erfüllungsinteresse bei der c. i. c. grundsätzlich nicht verlangt werden (vgl. Larenz I § 4), jedoch ist das Erfüllungsinteresse dann zu ersetzen, wenn die c. i. c. in der Verletzung einer aus dem Verhandlungsverhältnis zu folgender Abschlusspflicht liegt. Vgl. Esser § 10, 3 a; zustimmend Larenz I § 4 (S. 43) Fußn. 3. Der BGH - in NJW 1965, 812 - dehnt den Schadensumfang noch weiter aus und bezieht Preissteigerungen in den Schaden mit ein. --- Ist somit die Positive Forderungsverletzung auch bei gesetzlichen Schuldverhältnissen anwendbar und stellt die c. i. c. ein in Ergänzung des geschriebenen Rechts geschaffenes gesetzliches Schuldverhältnis dar (so BGHZ 6, 333) so ist eine Abgrenzung bei Pflichtverletzungen von gesetzlichen Schuldverhältnissen im Einzelfall schwierig. Eine Positive Forderungsverletzung und keine c. i. c. ist aber dann zu bejahen, wenn es sich, wie hier, um die Verletzung eines bestehenden vertraglichen Schuldverhältnisses, nämlich des Darlehnsvertrages handelt. Zur Positiven Vertragsverletzung vgl. die ausführliche Darstellung bei Köpcke (S. 65 f), der jedoch, wie Rother (S. 89) feststellt, ebenfalls das Problem der Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute voneinander rechtsgodogmatisch nicht erschöpfend behandelt, denn das Bestehen einer Geschäftsverbindung (S. 111) oder eines Vertrages (S. 107) ist grundsätzlich keine Voraussetzung der Positiven Vertragsverletzung, wie Köpcke selbst darlegt (S. 88).

IV. 1. a) Das Verschulden der Bank

Die Rechtsprechung ist der Ansicht, daß der Bank gegenüber dem Käufer-Darlehnsnehmer in erster Linie Aufklärungspflichten obliegen. Die Bank muß nach Ansicht der Gerichte den Käufer über die Risiken unterrichten, die dieser mit dem Abschluß eines finanzierten Teilzahlungskaufs eingeht. Erfüllt die Bank diese Aufklärungspflichten nicht oder nicht ausreichend, so ist darin - nach Auffassung der Rechtsprechung - ein Verschulden der Bank gegenüber dem Käufer-Darlehnsnehmer zu sehen.

Der folgende Überblick über die Rechtsprechung wird zeigen, wie die Gerichte, in der Absicht, den "rechtlich oft unerfahrenen Käufer zu schützen"¹⁾ und ausgehend von der Anerkennung der Selbständigkeit von Darlehns- und Kaufvertrag an die Pflichten der Bank gegenüber dem Käufer-Darlehnsnehmer einen immer strenger werdenden Maßstab anlegen.

Um diese stetig wachsende Anforderung der Rechtsprechung an die Sorgfaltspflichten der Bank zu veranschaulichen, werden die einschlägigen Urteile in ihrer zeitlichen Reihenfolge besprochen. Die Entscheidungen ergingen vorwiegend zum Problem der im voraus erteilten Bescheinigung des Käufers über den Erhalt der gekauften Ware, ohne daß dieser die Ware aber tatsächlich erhalten hatte. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hätte der Käufer auf Grund der rechtlichen Selbständigkeit von Kauf- und Darlehnsvertrag nur dem Verkäufer gegenüber geltend machen können, nicht aber auch gegenüber dem Finanzierungsinstitut.

Um dem Käufer aus dieser, für ihn unerfreulichen Lage - nämlich zahlen zu müssen, ohne etwas erhalten zu haben - zu helfen, sah sich die Rechtsprechung veranlaßt, dem Finanzierungsinstitut gewisse "weitere Verhaltenspflichten"²⁾ aufzuerlegen, deren Verletzung zu einem Gegenanspruch des Käufers-Darlehnsnehmers führte.

Das OLG Oldenburg³⁾ hat festgestellt, daß an sich auch bei Nichtliefe-

1) Larenz II § 39 IV (S. 97)

2) Larenz I § 2 (S. 6); Esser I § 5 III 3 gliedert diese Pflichten in Treue-, Schutz- und Fürsorgepflichten des Gläubigers auf.

3) NJW 1957, 913 (Urteil vom 11. 1. 1957)

rung einer Ware der Darlehnsanspruch des Kreditgebers auf Grund des Darlehnsvertrages fortbestehe. Der vom Käufer erklärte Rücktritt sei wirksam, weil zwischen den Parteien formularmäßig vereinbart worden sei, daß der Käufer kaufrechtliche Einwendungen gegenüber der Bank nicht geltend machen könne. "Hierbei ist daran festzuhalten, daß bei derartigen Warenkreditgeschäften Kauf und Darlehn zwei rechtlich selbständige Geschäfte sind."

1) Den Kreditgeber trifft aber nach Auffassung des Gerichtes die Pflicht, den Darlehnsbetrag so lange zurückzuhalten, bis er sich vergewissert habe, daß der Käufer die Ware erhalten habe. Komme die Bank dieser Pflicht nicht nach, so begeht sie nach Auffassung des OLG eine Positive Forderungsverletzung im Hinblick auf den Darlehnsvertrag. Der Schaden des Käufers bestehe in dem von der Bank an den Verkäufer ausgezahlten Betrag²⁾.

Das OLG Karlsruhe³⁾ hat es als eine Verletzung der sich aus dem Darlehnsvertrage ergebenden Schutzpflicht der Bank⁴⁾ gegenüber dem Käufer angesehen, wenn diese auf eine Empfangsbestätigung vertraue, die wahrheitswidrig vom Käufer zusammen mit dem Kaufvertrag und dem Darlehnsantrag unterzeichnet worden sei. Denn normalerweise könne die Lieferung zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgt sein, und die Empfangsbe-

1) Das OLG hat verkannt, daß hier ein Fall von Kundenfinanzierung und somit ein Geldkreditgeschäft und kein Warenkreditgeschäft vorlag.

2) Das OLG bejaht zutreffend eine Positive Vertragsverletzung des Darlehnsvertrags, da zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung bereits ein wirksamer Darlehnsvertrag zwischen dem Käufer und dem Finanzierungsinstitut bestand.

3) MDR 1958, 96 f. (97) (Beschuß vom 16. 9. 1957)

4) M. v. Bieberstein (MDR 1958, 98) ist der Ansicht, daß eine solche Pflicht dem Darlehnsvertrag im Wege der Auslegung (§ 157 BGB) nicht entnommen werden kann, ohne dem Parteiwillen Gewalt anzutun; eine solche Schutzpflicht lasse sich vielmehr nur aus § 242 BGB herleiten.

scheinung sei daher inhaltlich unwahr¹⁾.

Bereits aus dieser Entscheidung geht deutlich hervor, daß das Finanzierungsinstitut nicht blindlings auf die in der Empfangsbescheinigung des Käufers enthaltenen Angaben vertrauen darf. Liegen gewichtige Anhaltspunkte vor - wie z. B. lange Lieferfristen für die gekaufte Ware - so muß sich das Finanzierungsinstitut vergewissern, ob die Angaben des Käufers zutreffen, d. h. ob er die Ware tatsächlich erhalten hat. Aus dem Beschluß geht nicht hervor, ob das Gericht die Einwendung des Mitverschuldens geprüft hat. Ein solches - zumindest leichtes - Mitverschulden auf Seiten des Käufers dürfte aber zu bejahen sein. § 254 BGB könnte dann aber vom OLG nur deswegen ausgeschlossen worden sein, weil es das Verschulden des Finanzierungsinstituts als überwiegend angesehen hat, so daß das Mitverschulden des Käufers nicht ins Gewicht fiel.

Das OLG Celle²⁾ hat die Bank deshalb für schadenersatzpflichtig erklärt, weil sie durch ihre Formulare, die die Möglichkeit einer alsbaldigen Auszahlung der Darlehenssumme an den Verkäufer auch ohne eine Empfangsbestätigung des Käufers vorsahen, dem Käufer die Gefahr der ungesicherten Vorleistung der ganzen Kaufsumme auferlegt habe. Die Bank hätte entweder diese Möglichkeit gar nicht schaffen dürfen, oder aber Vorkehrungen treffen müssen, daß der Käufer eine vollständige Aufklärung erhielt. Dem Anspruch der Bank auf § 607 stehe daher ein gleich hoher Schadensersatzanspruch aus c. i. c. gegenüber.

1) Ob diese Auffassung generell zutrifft, ist zweifelhaft. In dem vom OLG zu entscheidenden Fall handelte es sich um Möbel, wo eine gewisse Vermutung dafür besteht, daß die Lieferung der gekauften Gegenstände zeitlich mit dem Abschluß des Kaufvertrages und der Stellung des Darlehnsantrages nicht zusammen treffen kann, sondern später erfolgt (vgl. auch M. v. Bieberstein, S. 32 und Fußn. 136). Eine solche Vermutung besteht indessen nicht bei den Gütern, die ein Verkäufer vorrätig zu haben pflegt. Verläßt sich die Bank hier auf die - wahrheitswidrige - Empfangsbestätigung, so kann darin keine Pflichtverletzung gesehen werden (ebenso LG Dortmund MDR 1962, 402).

2) NJW 1958, 502 (Urteil vom 29. 11. 1957)

Dieses Urteil, das Zustimmung verdient, geht davon aus, daß der Käufer ohne die von ihm unterschriebene Empfangsbestätigung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags verlieren würde. Um dies zu verhindern, darf das Finanzierungsinstitut daher die Valuta nicht schon mit Abschluß des Darlehnsvertrages an den Verkäufer auszahlen, sondern erst dann, wenn der Verkäufer seine ihm gemäß § 433 I BGB obliegenden Verpflichtungen erfüllt hat, d. h. dem Käufer Besitz und Eigentum verschafft hat.

In die gleiche Richtung geht die Entscheidung des OLG Hamburg¹⁾. Das OLG läßt eine Schadensersatzpflicht der Bank aus Positiver Forderungsverletzung des Darlehnsvertrages eintreten, wenn der Darlehnsgeber weiß, daß der Käufer trotz ausgefüllter Empfangsbestätigung die Ware noch nicht erhalten hat und trotzdem die Darlehnssumme an den Verkäufer auszahlt.

Am ausführlichsten legte der BGH²⁾ die Sorgfaltspflichten des Finanzierungsinstituts fest. Nach Ansicht des BGH ist es eine Erfahrungstatsache, daß viele unerfahrene und rechtlich ungeschulte Käufer nicht die Risiken erfassen, die sich für sie aus der Einschaltung eines Finanzierungsinstitutes ergeben. Auch wenn sie erkennen, daß ein Finanzierungsinstitut eingeschaltet ist, erfassen sie doch nicht das rechtliche Risiko, daß sie nämlich u. U. zahlen sollen, auch wenn sie keine Ware erhalten haben und erhalten werden. Die Käufer mögen zwar wissen, daß sie an eine Bank zu zahlen haben, sie nehmen aber trotzdem als selbstverständlich an, daß sie nicht zu zahlen brauchen, wenn überhaupt nichts geliefert wird. Dieser weitverbreitete Rechtsirrtum führe dazu, daß die Käufer die Lieferungsempfangsbescheinigung "im voraus" erteilen, ohne sich hierbei des großen Risikos bewußt zu werden. Die Bank treffe daher die Pflicht, den Käufer über die Risiken einer "im voraus" erteilten wahrheitswidrigen Empfangsbescheinigung aufzuklären, keinesfalls aber dürfe sie durch die Ausgestaltung des Formulars (Kaufvertrag, Darlehnsantrag und Empfangsbescheinigung auf einem Blatt) diesen Rechtsirrtum noch fördern. Die Bank habe daher eine kurz gefaßte, jedermann verständliche Warnung vor einer "im voraus" erteilten Empfangsbescheinigung in ihr Formular aufzunehmen. Diese Warnung müsse so gestaltet sein, daß sie auch bei flüchtiger Betrachtung des

1) MDR 1959, 757 (Urteil vom 17. 3. 1959)

2) BGHZ 33, 293 ff. (Urt. vom 17. 11. 1960) = NJW 1961, 166 = JZ 1961, 171 = MDR 1961, 137

Formulars und ohne Lesen seines sonstigen Textes unübersehbar in die Augen falle. Die Lieferungsempfangsbescheinigung dürfe auch nicht zusammen mit dem Kaufvertrag und dem Darlehnsantrag auf einem Formular stehen, sondern auf einem besonderen Blatt. Am besten hätte die Bank - nach Ansicht des BGH¹⁾ - die Interessen des Käufers und ihre eigenen gewahrt, wenn sie das Formular für die Empfangsbescheinigung nicht dem Verkäufer überlassen, sondern es nach Eingang des Darlehnsantrags unmittelbar dem Käufer zugeleitet hätte mit der Aufforderung, dieses erst dann zu unterschreiben und zurückzusenden, wenn er (der Käufer) die Ware erhalten habe. Verletze die Bank diese Aufklärungspflicht, so hafte sie dem Käufer aus c. i. c. auf Schadensersatz. Sie habe den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn sie sich vertragsgemäß verhalten hätte²⁾. Der Käufer hätte dann nach der Lebenserfahrung die Empfangsbescheinigung nicht "im voraus" erteilt, mit der Folge, daß die Bank das Darlehn nicht an den Verkäufer ausgezahlt hätte. Eine Darlehnschuld des Käufers wäre nicht entstanden³⁾.

Das Urteil des OLG Köln⁴⁾ knüpft an den Beschluß des OLG Karlsruhe⁵⁾ an. Nach Ansicht des OLG Köln ist die Bank verpflichtet, sich durch eine vom Verkäufer abzugebende, dem Kaufabschluß im zeitlichen Abstand folgende Bestätigung über den Empfang der Ware zuverlässig Kenntnis zu verschaffen. Ein solcher angemessener Zeitabstand zwischen Kaufvertragsabschluß und Unterzeichnung der Empfangsbestätigung liegt nach Meinung des OLG in einer mindestens dreitägigen Frist, sofern es sich um Ware handele, die erfahrungsgemäß jedes Auslieferungslager "auf Lager zu halten pflegt".⁶⁾

1) BGHZ, aaO.

2) BGHZ, aaO. (S. 301)

3) Vgl. zu diesem Urteil auch die Anmerkung von Medicus in JuS 65, S. 215

4) Jur. Rundschau 1962, 179 ff. (Urt. vom 10. 1. 1961)

5) MDR 1958, 96 f.

6) OLG Köln, aaO. In dem Urteil kommt das OLG Köln jedoch zu dem Ergebnis, daß das Finanzierungsinstitut diese Sorgfaltspflichten nicht verletzt habe, da es sich bei den Möbeln um einfache Serienmöbel handelte, wo also keine gewichtigen Anhaltspunkte dagegen sprachen, daß der Käufer-Darlehnsnehmer Besitz und Eigentum an den Gegenständen bereits erhalten hatte.

In einem anderen Urteil hat das gleiche Gericht¹⁾ ausgeführt, daß der Teilzahlungsbank eine Aufklärungspflicht gegenüber jedem geschäftlich unerfahrenen Käufer obliege. Sie müsse ihn deutlich davor warnen, eine Empfangsbescheinigung vor Erhalt der Ware zu erteilen²⁾.

Das LG Mannheim³⁾ bejaht eine Pflichtverletzung des Finanzierungsinstituts, wenn dieses auf Grund eines unvollständigen Darlehnsantrags und trotz der Nichtvorlage des Kraftfahrzeugbriefs das Darlehn an den Verkäufer ausbezahle. Das Finanzierungsinstitut könne sich hierbei auch nicht auf eine vom Käufer wahrheitswidrig ausgefüllte Empfangsbescheinigung verlassen⁴⁾.

In seiner bisher letzten Entscheidung hat der BGH⁵⁾ den Grundsatz der Aufklärungspflicht der Bank gegenüber dem Käufer erneut bekräftigt. Nach Auffassung des BGH ist die Bank verpflichtet:

den Käufer über die rechtlichen Folgen aufzuklären, die sich aus der Einschaltung eines Finanzierungsinstitutes ergeben können und

den Käufer vor einer Empfangsbestätigung im voraus zu warnen.

Diesen Pflichten genüge die Bank nicht durch eine formularmäßige Ausschlussklausel des Inhalts, die Darlehnssumme werde an den Verkäufer ohne Prüfung der ordnungsgemäßen Lieferung gezahlt, und Einwendungen aus dem Kaufvertrag seien gegenüber dem Darlehnsgeber ausgeschlossen. Die Bank hätte vielmehr auf den Darlehnsantrag in Fettdruck und in auffälliger Umrandung einen Text setzen müssen: "Achtung! Auch bei Nichterhalt oder Erhalt mangelhafter Ware hat der Käufer das Darlehn voll zurückzuzahlen."

1) MDR 1963, 676

2) Andererseits versagt das OLG Köln (MDR 1962, 214) einem im Teilzahlungshandel erfahrenen Teilzahlungskäufer das Recht, sich auf die erhöhten Sorgfaltspflichten der Bank zu berufen, wenn er wahrheitswidrig eine Empfangsbestätigung ausfülle.

3) MDR 1966, 842

4) Aus der Entscheidung geht nicht hervor, ob das Gericht ein Mitverschulden des Käufers berücksichtigt hat, das bei dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall schwerlich ausgeschlossen werden konnte.

5) BGHZ 47, 207 = NJW 1967, 1022 (Urt. v. 20. II. 1967)

Diese Anforderungen an die Sorgfaltspflichten der Bank stellte der BGH deshalb, weil sich die mit der Teilzahlungsfinanzierung befaßten Kreditinstitute der Rechtsprechung der oberen Gerichte und des BGH in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen angepaßt hatten¹⁾.

Dieses Eingehen der Finanzierungsinstitute auf die Forderungen der Rechtsprechung nach besserer Aufklärung des Käufer-Darlehnsnehmers hatte der BGH in seinen letzten Entscheidungen im Auge gehabt²⁾. In dem dort zu entscheidenden Fall³⁾ hatte die Bank auf die Vorderseite des Darlehnsantrages den Aufdruck gesetzt: "Hinweis für Darlehnsnehmer ...". In diesem

1) Vgl. Möllers TF Anhang 1, wo Kaufvertrag, Darlehnsantrag und Lieferungsempfangsbescheinigung noch auf einem Formular standen und der Käufer mit einer Unterschrift die drei Rechtsgeschäfte unterzeichnete. Das gleiche Kreditinstitut hat in der Folgezeit (vgl. Krauss, Anhang III, 2) diesen Komplex getrennt. Der Darlehnsantrag, nunmehr Kreditvertrag geheißen, steht gesondert für sich und enthält in Fettdruck über der vom Kreditnehmer zu unterzeichnenden Zeile die Warnung: "Wer diesen Vertrag ungelesen unterschreibt oder unzutreffende Angaben macht, handelt schuldhaft und haftet für die daraus entstehenden Folgen." Die Empfangsbestätigung erscheint ebenfalls auf einem gesonderten Blatt und enthält im oberen Teil des Formulars, in Fettdruck und umrandet, folgenden Text: "Sie handeln schuldhaft, wenn Sie eine Empfangsbestätigung mit unrichtigen Angaben oder vor Erhalt der Ware unterschreiben!" Ein anderes Beispiel bieten die Kreditantragsformulare der Schleswig-Holsteinischen Teilzahlungskreditbank GmbH, die den Kreditantrag und die Empfangsbestätigung ebenfalls auf gesonderte Formulare gesetzt haben. (Vgl. Krauss, Anhang II, 2). Auch hier enthält die Empfangsbestätigung den Vermerk: Erst nach Empfang der Ware unterschreiben! Unterzeichnung ist nicht Formsache!" Ob die Antragsformulare der Sparkassen (vgl. Krauss Anhang IV, 3) noch den Anforderungen der Rechtsprechung genügen, ist zweifelhaft, denn durch diesen Vermerk wird der Käufer nicht genügend aufgeklärt.

2) BGHZ 47, S. 207 ff; S. 217 ff; S. 233 ff.

3) BGHZ 47, S. 233 ff.

drei Zeilen umfassenden Hinweis wurde auf Ziffer 1 der umseitig abgedruckten Darlehnsbedingungen verwiesen. Diese Ziffer 1 beinhaltete folgendes: Der Darlehnsnehmer erkenne an, daß der Darlehnsvertrag mit der Bank und der Kaufvertrag rechtlich selbständige und unabhängig zu erfüllende Rechtsgeschäfte seien; Einwendungen und Einreden aus dem Kaufvertrag sowie etwaige Schadensersatzansprüche beeinträchtigen die Darlehnsforderung der Bank nicht, seien vielmehr ausschließlich dem Verkäufer gegenüber geltend zu machen.

Hierzu hat der BGH¹⁾ ausgeführt, daß diese Darlehnsbedingungen zwar bei sorgfältigem Lesen erkennbar machen mögen, was die Bank erreichen wollte, aber keinesfalls dem Erfordernis einer auch bei flüchtiger Betrachtung unübersehbar in die Augen fallenden Warnung genügen. Die Bank habe den Käufer nicht in der gebotenen Weise aufgeklärt und auf die Gefahr des Geschäftes hingewiesen. Aus diesem Grunde dürfe sie sich jetzt nicht darauf berufen, daß der Käufer ausdrücklich darauf verzichtet habe, dem Darlehnsanspruch Einwendungen aus dem Kaufvertrag entgegenzuhalten.

Diese Entscheidung des BGH stellt an die Aufklärungspflichten der Bank die bisher höchsten Anforderungen.

Ihr ist der Grundsatz zu entnehmen, daß bei allen dem Käufer ungünstigen und von ihm daher nicht erwarteten kaufrechtlichen Regelungen diese vom Normalverlauf abweichenden Vereinbarungen allgemein verständlich formuliert sein und dem Käufer selbst bei flüchtiger Betrachtung unübersehbar in die Augen fallen müssen. Andernfalls kann sich die Bank auf diese Vereinbarungen nicht berufen.

Durch die in dem Urteil²⁾ enthaltene Formulierung, daß ... "dieser Hinweis so zu gestalten gewesen wäre, daß er jedem Unterzeichner auch bei nur flüchtiger Betrachtung des Formulars und ohne Lesen der sonstigen Texte unübersehbar in die Augen gefallen wäre", könnte der Eindruck entstehen, als ob - nach Ansicht des BGH - allein das Finanzierungsinstitut Trägerin von Pflichten geworden sei, der Käufer hingegen durch den geschäft-

1) BGHZ, aaO.

2) BGHZ 47, 212

lichen Kontakt oder den abgeschlossenen Darlehnsvertrag nur Rechte erlangt hätte; denn der BGH stellt an die Sorgfaltspflichten des Käufers (im Vergleich zur Bank) wesentlich geringere Anforderungen, so daß es letztlich so scheint, als ob die Rechtsprechung sich mit der verkehrsüblichen Sorgfalt des Käufer-Darlehnsnehmers begnüge¹⁾.

Es ist jedoch zu beachten, daß der Käufer es i. d. R. für selbstverständlich hält, daß er nichts mehr zu zahlen braucht, wenn er keine oder doch nur mangelhafte Ware erhält. Diese Einstellung überträgt der Käufer auch auf die Fälle des finanzierten Teilzahlungskaufs, ohne sich hierbei der Risiken eines solchen Geschäfts immer bewußt zu werden. Diese Gefahr für ihn - nämlich u. U. auch dann zu zahlen, wenn er keine oder nur mangelhafte Ware erhält - ergibt sich erst durch die Beteiligung des Finanzierungsinstituts an dem sonst normalen Kaufgeschäft. Demnach erscheint es gerechtfertigt, der Bank die Verpflichtung aufzuerlegen, den sich dieser Gefahr gar nicht bewußten Käufer dergestalt aufzuklären, daß er das Risiko des Teilzahlungsgeschäftes erfaßt. Aus diesem Grund ist dem BGH zuzustimmen, wenn er fordert, daß die Bank ihrer Aufklärungspflicht nur dann genüge, wenn sie den Käufer bei Abschluß des Darlehnsvertrages eindeutig, klar und unmißverständlich²⁾ auf die Gefahren hinweist, die sich aus dem Abschluß eines Abzahlungsgeschäftes ergeben. Diese Hinweise müssen drucktechnisch so gestaltet sein, daß sie auch bei nur flüchtiger Betrachtung des Formulars und ohne Lesen seines sonstigen Textes unübersehbar in die Augen fallen^{3) 4)}.

Reduziert man an dieser Stelle die bisher zitierten Urteile und Beschlüsse

- 1) Die "verkehrsübliche" Sorgfalt hat der Gesetzgeber bewußt nicht genügen lassen, um dadurch einem im Verkehr eingerissenen Schlendrian entgegenzutreten. (Prot. 2, Bd., S. 604; RG bei Gruchot, Bd. 48, 789; Bd. 50, 978)
- 2) BGHZ 47, 239/240; Pagendarm (WM 1967, 438) spricht davon, daß der Käufer durch die Belehrung "schockiert" werden müsse.
- 3) BGHZ 47, 223
- 4) Ebenso Weitnauer (JZ 1968, 209), der jedoch die Beratungspflicht der Bank einschränkt und sie nur gegenüber geschäftsungewandten Käufer - Darlehnsnehmern bejaht.

auf den in ihnen enthaltenen Kern, so wird offenbar, daß die Rechtsprechung bemüht war, den Käufer mit Hilfe der - konventionellen - Aufklärungspflichten zu schützen. Diese Bemühungen mußten jedoch bald an ihre Grenzen stoßen, dann nämlich, wenn der Käufer, trotz der von der Rechtsprechung geforderten und von den Finanzierungsinstituten durchgeführten Aufklärung die rechtliche Tragweite der von ihm unterschriebenen Erklärungen nicht vollständig erfaßte. In diesen Fällen konnten die Gerichte dem Finanzierungsinstitut keinen Vorwurf machen. Es hätte daher nahe gelegen, die Lösung dieses Problems von Anfang an weniger im Bereich der Aufklärungspflichten, des Zur-Kenntnis-Nehmens und der Drucktechnik als vielmehr im Bereich des objektiven Rechts zu suchen¹⁾.

IV. 1. b) Das Verschulden des Verkäufers

Eine Untergruppe bilden die Fälle, in denen eine Pflichtverletzung der Bank ausscheidet, jedoch der Verkäufer nach Ansicht der Rechtsprechung die verkehrserforderliche Sorgfalt vermissen ließ. Hier erhebt sich die Frage, ob die Bank sich das Verschulden des Verkäufers zurechnen lassen muß.

Dies kann grundsätzlich nur dann bejaht werden, wenn feststeht, daß der Verkäufer Erfüllungsgehilfe (i. S. d. § 278 BGB) der Bank ist, da § 278 BGB ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetzt.

An dieser Stelle erscheint es angebracht, einen Überblick darüber zu geben, wie die Rechtsprechung die Stellung des Verkäufers beim B-Geschäft sowohl hinsichtlich des § 123 BGB als auch im Hinblick auf § 278 BGB beurteilt. Beide Problemkreise berühren sich insofern, als - nach Ansicht der Rechtsprechung - der Dritte i. S. d. § 123 II BGB nicht der Erfüllungsgehilfe i. S. d. § 278 BGB sein kann und umgekehrt.

Die Rechtsprechung hat die Stellung des Verkäufers beim B-Geschäft zunächst in Bezug auf § 123 BGB untersucht und ist der Frage nachgegangen, ob der Verkäufer Dritter i. S. des § 123 II BGB ist.

Nach herrschender Meinung und Rechtsprechung²⁾ ist derjenige, der einen

1) Vgl. die Lösungsversuche in der Rechtslehre, S. 34

2) Palandt-Danckelmann § 123, Anm. 1 d; RGZ 76, 109

Vertrag als Vertreter abschließt und hierbei den Vertragsgegner arglistig täuscht, kein Dritter im Sinne des § 123 II. Dies folgt daraus, daß derjenige, der einen anderen bevollmächtigt, ihn zu vertreten, damit nach außen zu verstehen gibt, daß er dem erwählten Vertreter sein volles Vertrauen schenkt und er damit einverstanden ist, daß die Handlungen des Vertreters ihm zugerechnet werden sollen.

Hat der Auftraggeber aber den Aufgabenkreis des Beauftragten eingeschränkt und sich die entscheidende Tätigkeit selbst vorbehalten, so gibt er damit zu erkennen, daß er Erklärungen seines Beauftragten, die ihm völlig fernstehen, nicht zu decken beabsichtigt¹⁾.

Beim B-Geschäft hat die Bank den Verkäufer gleichfalls nicht zum Abschluß eines Darlehnsvertrages bevollmächtigt, sondern sich diese entscheidende Tätigkeit selbst vorbehalten²⁾. Dennoch sieht der BGH³⁾ den Verkäufer nicht als Dritten i. S. des § 123 II, 1 an, weil die Bank dem Verkäufer im Rahmen der zwischen ihnen bestehenden ständigen Geschäftsverbindungen die Darlehnsformulare blockweise überlassen habe und sie weiter damit einverstanden gewesen sei, daß der Verkäufer den Käufer beim Ausfüllen der Formulare berate und diese anschließend an die Bank zurückreiche. Dadurch ermögliche die Bank dem Verkäufer, nach außen so aufzutreten, daß der Eindruck entstehe, daß die Bank dem Verkäufer ihr Vertrauen geschenkt habe und sie für dessen Verhalten beim Abschluß des Darlehnsvertrages voll eintreten werde.

Der BGH stellt hierbei ersichtlich darauf ab, daß der Käufer, der nur mit dem Verkäufer handelt und mit diesem zusammen i. d. R. auch den Darlehnsantrag ausfüllt, nicht hinreichend erkennt, daß Verkäufer und Darlehnsgeber rechtlich voneinander getrennte Geschäftspartner sind. Dies ist - nach Auffassung des BGH⁴⁾ - die Rechtfertigung dafür, den Verkäufer, soweit er im Rahmen der Darlehnsvertragsverhandlungen für den Darlehnsgeber tätig wird, nicht als Dritten i. S. des § 123 II, 1, sondern als Ge-

1) RGZ 101, 98

2) Möllers TF, S. 16

3) BGHZ 20, 41

4) BGHZ 47, 228

helfen der Bank anzusehen, weil beide Geschäfte, sowohl Kauf wie Darlehn, dem gleichen Ziele dienen, nämlich ein Abzahlungsgeschäft zu erreichen.

Hielt der BGH in seinen Urteilen vom 8. 2. 1956¹⁾ und 17. 11. 1960²⁾ noch daran fest, daß zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut eine ständige Geschäftsverbindung bestehen müsse, so gab er dieses Erfordernis in seiner Entscheidung vom 20. 2. 1967 auf, weil dies sonst "im Hinblick auf den Käufer zu Zufallsergebnissen"³⁾ führe.

Zusammenfassend läßt sich daher sagen, daß die Rechtsprechung den Verkäufer dann nicht als "Dritten" i. S. des § 123 II ansieht, wenn das Finanzierungsinstitut ihn die Vertragsverhandlungen zum Abschluß eines Darlehnsvertrages, sei es auch nur in einem Einzelfall, führen läßt.

Ausgehend von diesen Erkenntnissen hat der BGH⁴⁾ den Satz aufgestellt, daß "Dritter" i. S. des § 123 II BGB nicht der Erfüllungsgehilfe ist, denn derjenige, der einen Verhandlungsgehilfen hinzugezogen hat, muß sich dessen arglistige Täuschung unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wie eine eigene entgegenhalten lassen. Hieran anknüpfend stellte der BGH⁵⁾ nunmehr fest, daß kein Anlaß bestehe, diesen Grundsatz auf das Schadensersatzrecht zu beschränken, er sei vielmehr als allgemeiner Grund auch auf das aus der arglistigen Täuschung sich ergebende Anfechtungsrecht anzuwenden. Damit sind die im Rahmen des § 123 II BGB gewonnenen Kriterien auch auf die Bestimmung des Verkäufers als eines Erfüllungsgehilfen der Bank anwendbar⁶⁾, d. h., daß der Erfüllungsgehilfe nicht Dritter i. S. d. § 123 II sein kann und umgekehrt⁷⁾.

1) BGHZ 20, 41

2) BGHZ 33, 309

3) BGHZ 47, 224 ff (230)

4) NJW 1962, 2195

5) NJW, aaO. (S. 2196)

6) Ebenso BGHZ 47, 229; vgl. auch die zustimmende Besprechung von Leonardy NJW 1966, 1816

7) Für § 278 BGB ist es auch nicht erforderlich, daß zwischen der Bank und dem Verkäufer ein soziales Abhängigkeitsverhältnis besteht oder der Verkäufer gegenüber der Bank weisungsgebunden ist. Vgl. Rother, Haftungsbeschränkung, S. 136, Fußn. 5.

Bereits das OLG Celle¹⁾ hat den Verkäufer als Erfüllungsgehilfen der Bank angesehen, weil diese dem Verkäufer das Ausfüllen des Kreditantragsformulars und die Beratung des Kreditnehmers überlassen habe.

Das LG Stuttgart²⁾ ist der gleichen Ansicht und legt dar, daß, wenn die Bank zu "ihrer Erleichterung und in ihrem Interesse die Arbeitsteilung anwendet, indem sie sich für die Verhandlungen über den Darlehnsvertrag, die zu dem Darlehnsantrag des Beklagten (i. e. Käufers) führten, und für die Weiterleitung dieses Antrages des Verkäufers, mit dem sie in einem Kreditverhältnis stand, bedient, so muß sie, ebenso wie sie die aus der Arbeitsteilung fließenden Vorteile für sich in Anspruch nimmt, auch die damit für den anderen Vertragspartner verbundenen Nachteile tragen".

Auch das LG Dortmund³⁾ sieht den Verkäufer als Erfüllungsgehilfen der Bank an, soweit sie sich seiner zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedient⁴⁾.

Das LG Hamburg⁵⁾ betrachtet den Verkäufer bei der Besprechung des Darlehns gesuches und der Entgegennahme des Darlehnsantrages ebenfalls als Erfüllungsgehilfen der Bank.

Für das OLG Hamburg⁶⁾ ist der Verkäufer nur in beschränktem Umfang Erfüllungsgehilfe des Finanzierungsinstituts und nicht ganz allgemein, insbesondere nicht hinsichtlich einer Aufhebung oder Abänderung des Darlehnsvertrages.

1) NJW 1958, 502

2) MDR 1960, 54

3) MDR 1962, 403

4) Im zu entscheidenden Fall verneinte das Landgericht jedoch eine Haftung, weil der Verkäufer nicht mit Willen der Bank beim Vertragsabschluß tätig geworden sei und er auch keine vertragliche oder vorvertragliche Pflicht verletzt habe. (Vgl. hierzu Meyer-Ladewig MDR 1962, 448)

5) MDR 1963, 310

6) MDR 1963, 310

Der BGH hat sich in seinen Urteilen vom 17. 11. 1960¹⁾ dieser Auffassung angeschlossen und den Verkäufer als Erfüllungsgehilfen der Bank angesehen, wenn sie ihm die Vordrucke für die Darlehnsgesuche ausgehändigt habe. Hierzu gehöre erfahrungsgemäß auch eine "weitgehende Hilfe bei der Ausfüllung der Formulare".²⁾

Die mit der Teilzahlungsfinanzierung befaßten Banken und Kreditinstitute haben sich auch hier der Rechtsprechung angepaßt. Aus dem vom BGH³⁾ zu entscheidenden Fall geht bereits hervor, daß die Finanzierungsinstitute in ihren Allgemeinen Darlehnsbedingungen bestimmen, daß der Verkäufer nicht Beauftragter der Bank, sondern des Käufers sein soll. Der BGH hat, ohne zu diesem Problem grundsätzlich Stellung zu nehmen, diese Formulierung so interpretiert, daß der Verkäufer jedoch insoweit Erfüllungsgehilfe sei, als die Bank ihn damit betraut habe, die Vertragsformulare und die Empfangsbescheinigungen auszufüllen und für die Bank entgegenzunehmen.

In dem vom LG Freiburg⁴⁾ zu entscheidenden Fall hatte die Bank in dem mit "Darlehnsantrag" überschriebenen Teil ihres Formulars, der von der Bestellung deutlich getrennt war, unmittelbar unter der Überschrift einen ins Auge fallenden, eingerahmten "Hinweis für Darlehnsnehmer" angebracht, in dem es u. a. hieß, daß der Verkäufer nicht Beauftragter der Klägerin (i. e. Bank) sei, sondern für den Darlehnsnehmer handle. Ferner sei in Nr. 2 der auf der Rückseite des Formulars abgedruckten Bedingungen, die neben Nr. 1 durch einen fettgedruckten Randbalken besonders hervorgehoben sei, bestimmt, daß der Verkäufer nicht Vertreter oder Beauftragter der Bank sei und diese nicht für ein etwaiges Verschulden des Verkäufers bei Vertragsschluß hafte.

Hier sind zwei Probleme zu unterscheiden: Zum einen will die Bank die tatsächliche Stellung des Verkäufers anders festlegen, als sie in Wirklichkeit ist;⁵⁾ zum anderen will sie die rechtlichen Folgen, d. h. die Haftung geändert wissen.

1) BGHZ 33, 293 ff, 302 ff.

2) BGHZ, aaO., S. 299 und S. 312

3) BGHZ 33, 313

4) MDR 1962, 51

5) Vgl. BGH, NJW 1967, 1029

Es ist allgemein anerkannt¹⁾, daß man tatsächliche Gegebenheiten nicht durch Geschäftsbedingungen abändern kann. Unternimmt das Finanzierungsinstitut gleichwohl den Versuch, die Stellung des Verkäufers in der Weise festzulegen, daß dieser nicht Erfüllungsgehilfe der Bank, sondern des Käufers sein soll, und entspricht dies nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, so unterliegt die Bank einem Bewertungsirrtum²⁾.

Der BGH hat zunächst³⁾ die Problematik offen gelassen, dann jedoch⁴⁾ zutreffend festgestellt, daß die Bank den Folgen der bisherigen Rechtsprechung formularmäßig ausweichen wolle. "Dem formularmäßig vorgedruckten Hinweis, der erkennbar der Sachlage nicht entspricht und lediglich den Versuch darstellt, die tatsächlichen Gegebenheiten in einer bestimmten, dem Darlehnsgeber günstigen Weise zu deuten, kann entscheidende Bedeutung nicht beigemessen werden."⁵⁾

Das zweite Problem, mit dem sich die oberen Gerichte - soweit ersichtlich - beim B-Geschäft bisher noch nicht auseinandergesetzt haben, ist der formularmäßige Haftungsausschluß bezüglich eines pflichtwidrigen Verhaltens des Verkäufers. Lediglich das LG Freiburg⁶⁾ hat bereits einen solchen Haftungsausschluß für zulässig erklärt, weil es sich dabei nur um den Ausschluß eines möglichen Rechtsscheins handele. Auch sei ein solcher Ausschluß nicht sittenwidrig, da die Bank auf Grund der vielfältigen Geschäftsbeziehungen zu anderen Firmen ein schutzwürdiges Interesse an dem Haftungsausschluß habe.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß der Haftungsausschluß in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht nur an § 138 BGB, sondern auch an

1) Vgl. Meyer-Ladewig MDR 1962, 447; Pagendarm WM 1967, 439

2) Meyer-Ladewig, aaO.; vgl. auch M. v. Bieberstein, MDR 1962, 562

3) BGHZ 33, 302 ff (313)

4) NJW 1967, 1030; insoweit in der amtlichen Entscheidungssammlung (Bd. 47, 233 ff) nicht abgedruckt.

5) BGH NJW 1967, 1030

6) MDR 1962, 51

§ 242 BGB zu messen ist¹⁾. Danach sieht es die Rechtsprechung als unzulässig an, wenn der Schuldner oder seine leitenden Angestellten grob schuldhaft gehandelt haben und ersterer sich anschließend auf die Freizeichnungsklauseln beruft²⁾. Andererseits kann der Schuldner sich von der Haftung für ein grobes Verschulden seiner untergeordneten Mitarbeiter freizeichnen³⁾. Jedenfalls steht nach Ansicht des BGH⁴⁾ einer solchen Freizeichnung dann nichts im Wege, wenn nur die Höhe des Schadensersatzes begrenzt ist.

Wendet man die Ergebnisse dieser Rechtsprechung auf das B-Geschäft an, so kann die Bank sich von einer Haftung für ein grobes Verschulden des Verkäufers mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht freizeichnen, da es sich bei dem Verkäufer nicht um einen untergeordneten Mitarbeiter der Bank, sondern um einen gleichberechtigten Geschäftspartner handelt. Aus diesem Grunde wird ein Haftungsausschluß des Finanzierungsinstituts auch für grobes Verschulden des Verkäufers kaum die Billigung der oberen Gerichte finden.

Aus dem Urteil des LG Freiburg⁵⁾ geht allerdings nicht klar hervor, ob das Landgericht eine Freizeichnung für grobes Verschulden des Verkäufers bejaht oder ob es dies nur auf die Fälle leichter oder ganz leichter Fahrlässigkeit⁶⁾ des Käufers beschränken will. Insoweit begegnete eine Freizeichnung des Finanzierungsinstituts keinen rechtlichen Bedenken.

Abschließend ist festzuhalten, daß die Rechtsprechung dem Rückzahlungsanspruch der Bank gegen den Käufer mit Schadensersatzansprüchen aus culpa in contrahendo oder Positiver Forderungsverletzung entgegentritt. Da die Bank durch ihre Beteiligung die kaufrechtlichen Beziehungen kompliziert

1) Vgl. BGHZ 33, 216; 38, 183; BGH in NJW 65, 246; BGH in NJW 68, 1718. Vgl. auch Weber, Zum Recht der Allg. Geschäftsbedingungen in NJW 68, 1 ff.

2) BGHZ 20, 164; 38, 183

3) BGH in NJW 1968, 1720

4) BGH, aaO.

5) MDR 1962, 51

6) Palandt-Danckelmann-Heinrichs § 276, Anm. 4 a

und dadurch für den rechtlich oft unerfahrenen Käufer kaum durchschaubar macht, hat sie dafür zu sorgen, daß der Käufer über die Risiken eines finanzierten Teilzahlungskaufs aufgeklärt wird. Aus diesem Grunde bürdet die Rechtsprechung dem Finanzierungsinstitut Beratungs-, Sorgfalts- und Prüfungspflichten auf, deren Verletzung die Bank schadensersatzpflichtig macht. Überträgt die Bank einen Teil ihrer Aufgaben als Kreditgeberin dem Verkäufer, so muß sie sich dessen Verschulden bezüglich dieser übertragenen Aufgaben gemäß § 278 BGB zurechnen lassen¹⁾.

IV. 2. Der innere Zusammenhang von Kauf- und Darlehnsvertrag

Die zweite Gruppe²⁾ stellen jene Fälle dar, in denen eine Pflichtverletzung der Bank oder des Verkäufers vom Gericht nicht festgestellt werden konnte, sei es, daß der Käufer eine solche Pflichtverletzung der Bank oder des Verkäufers nicht nachweisen konnte, sei es, daß der Käufer - in rechtlichen Dingen unerfahren - trotz ordnungsgemäßer Aufklärung den Inhalt der Klauseln und damit das sich für ihn daraus ergebende Risiko nicht in seiner ganzen Tragweite erfaßt hat. Ein Schadensersatzanspruch des Käufers gegen die Bank bestand daher nicht. Der Käufer hätte demzufolge gegenüber dem Darlehnsanspruch der Bank keine Einwendungen erheben können. Gleichwohl hat die Rechtsprechung dem Käufer das Recht zugebilligt, sich gegenüber der Bank auf Mängel oder die Nichtlieferung der gekauften Ware zu berufen.

Wie oben bereits erwähnt³⁾, hat die Rechtsprechung die Schutzwürdigkeit des Käufers zunächst nur nach dem Abzahlungsgesetz beurteilt. Der BGH⁴⁾ hat in einer seiner ersten Entscheidungen angedeutet, daß der Käufer sich nicht auf solche Einwendungen berufen könne, die ihren Grund nicht im Abzahlungsgesetz haben.

Diese Entscheidung des BGH war jedoch nicht symptomatisch für die damalige überwiegende Überzeugung der unteren Gerichte.

1) Zustimmend Weitnauer JZ 1968, 208

2) Vgl. S. 9/10

3) S. 3, Fußn. 1

4) BGH LM Nr. 5 zu §§ 5, 6 AbzG

So hat das AG Hamburg¹⁾ dem Käufer auch solche Einwendungen zugebilligt, die vom AbzG nicht mehr gedeckt waren. Seine Entscheidung hat es damit begründet, daß Darlehns- und Kaufvertrag nur formaljuristisch zwei getrennte Verträge, in Wirklichkeit jedoch nach Treu und Glauben als ein Vertrag anzusehen seien.

Das LG Braunschweig²⁾ nahm eine wirtschaftliche und rechtliche Einheit von Kauf- und Darlehnsvertrag an.

Der BGH³⁾ ist jedoch bereits in seinem nächsten Urteil zu dem Ergebnis gelangt, daß sich der Käufer auch gegenüber dem Darlehnsrückforderungsanspruch des Finanzierungsinstituts auf Sachmangel berufen könne. Der BGH begründet seine Entscheidung damit, daß der Verkäufer nur dann alle Gewährleistungsansprüche des Käufers mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen ausschließen könne, wenn er ihm statt dessen ein Nachbesserungsrecht einräume. Verweigere der Verkäufer die Nachbesserung oder verzögere er sie ungebührlich, dann könne der Käufer auf die Gewährleistungsansprüche zurückgreifen. Könne daher der Ausschluß sämtlicher Rechte des Käufers nicht auf dem Weg über die allgemeinen Geschäftsbedingungen erreicht werden, so sei dies auch nicht durch die rechtliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorganges (Abzahlungsgeschäft) in zwei selbständige Verträge zu erreichen⁴⁾.

Weitergehend hat der BGH⁵⁾ dem Käufer das Recht zugestanden, sich dem Zahlungsanspruch des Finanzierungsinstituts gegenüber dann auf Mängel einwendungen zu berufen, "wenn er vom Verkäufer keine Gewährleistung zu erlangen vermag, weil dieser in Konkurs gefallen ist".

Begründet wird dies vom BGH⁶⁾ damit, daß der Darlehnsgeber sich dann nicht auf die für ihn günstige formularmäßige Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses berufen könne, wenn das dazu führen würde, "den Käufer ge-

1) MDR 1951, 675

2) MDR 1955, 356

3) BGHZ 22, 90 ff

4) BGHZ 22, 95

5) BGHZ 37, 94 ff

6) BGHZ 37, 99

genüber Mängeln der Kaufsache rechtlos zu machen". Es sei entscheidend, daß dem Käufer durch die Aufspaltung des Geschäftes keine Nachteile entstehen dürften. Nach Ansicht des BGH müssen jedoch zwei weitere Voraussetzungen erfüllt sein:

- a) Zwischen dem Darlehnsgeber und dem Verkäufer müsse eine auf Dauer angelegte vertragliche Verknüpfung bestehen, und
- b) der Käufer dürfe beim Empfang der Ware nicht als Kaufmann im Handelsregister eingetragen sein¹⁾.

In seinem bisher letzten Urteil hat der BGH²⁾ dem Käufer das Recht zugebilligt, die Rückzahlung des Darlehns auch dann zu verweigern, wenn die Ware nicht geliefert und der Kaufvertrag wirksam angefochten worden ist. In diesem Fall hatte der Käufer die Sache - einen gebrauchten Kraftwagen - zwecks Nachbesserung an den Verkäufer zurückgegeben und anschließend den Kaufvertrag wirksam angefochten. Der Verkäufer war unbekannten Aufenthalts verschwunden. Der BGH³⁾ führte hierzu aus, daß durch die Nichtigkeit des Vertrages, die Nichtlieferung der Ware und die Unmöglichkeit, den Verkäufer heranzuziehen, der Käufer ungleich mehr belastet werde als im Falle der Lieferung einer mangelbehafteten Ware und daher nach den Grundsätzen eines redlichen Geschäftsverkehrs umso schutzwürdiger sei.

Hatte der BGH in seinem Urteil vom 5. 4. 1962⁴⁾ noch das Bestehen einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung gefordert, so gab er dieses Erfordernis für den Fall einer Anfechtung des Kaufvertrages in seiner bisher letzten Entscheidung auf⁵⁾, mit der Begründung, daß eine andere Be-

1) BGHZ 37, 101

2) BGHZ 47, 233 ff

3) BGHZ 47, 241

4) BGHZ 37, 101

5) BGHZ 47, 224 ff

urteilung gegenüber dem Käufer sonst zu Zufallsergebnissen führen würde¹⁾.

Die Entscheidungen des BGH sind überwiegend auf Kritik²⁾ gestoßen. Larenz³⁾ sieht in dem Urteil vom 5. 4. 1962 eine richterliche Korrektur von eindeutigen Parteivereinbarungen mit Hilfe des § 242 BGB zugunsten des Käufers.

Wendt⁴⁾ ist im Hinblick auf die Urteile der Ansicht, daß es nicht den Grundsatz gebe, daß die Interessen des Käufers denen des Verkäufers gegenüber vorgehen. Der Begriff des "einheitlichen Lebensvorganges" bedeutete weder für die Wissenschaft noch für die Praxis etwas und ermögliche keine klare Auslegung.

Die Rechtsprechung des BGH bietet insofern Ansatzpunkte zur Kritik, als sie wirtschaftliche Vorgänge nur analysiert. Der BGH⁵⁾ stellt zwar zu

1) Sofern der Käufer hingegen Sachmängelrügen erhebt, hält der BGH offensichtlich (NJW 1967, 1030; insoweit in der amtlichen Sammlung BGHZ 47, 233 nicht abgedruckt) weiterhin an dem Erfordernis einer ständigen Geschäftsverbindung zwischen Verkäufer und Darlehnsgeber fest. (Vgl. auch Daum NJW 1968, 374, Fußn. 25). Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum der Käufer bei einer Gewährleistung schlechter gestellt werden sollte als bei einer Anfechtung, da das Bestehen oder Nichtbestehen einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung gegenüber dem Käufer - ebenso wie bei der Anfechtung - auch bei Sachmängelrügen zu Zufallsergebnissen führen würde (ebenso Mück, S. 82 f, Weitnauer JZ 1968, 209). Bei der Frage nach der Anwendbarkeit des AbzG auf finanzierte Teilzahlungskäufe verzichtet der BGH (Bd. 47, 257) jetzt ebenfalls auf das Erfordernis einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung zwischen dem Verkäufer und der Bank.

2) Möllers, NJW 1957, 574; NJW 1963, 470; Ebert NJW 1957, 573

3) Larenz II § 39 IV; Weitnauer (JZ 1968, 202) meint, daß der Schutz des Käufers allein aus § 242 BGB herzuleiten sei.

4) MDR 1957, 347; MDR 1962, 943

5) BGHZ 47, 233 ff; vgl. auch Soergel-Ballerstedt (§ 455 RdNr. 24), der der Stellungnahme des BGH im wesentlichen zustimmt; vgl. andererseits ablehnend Soergel-Lippisch, Vorbem. 67 zu § 607

Recht heraus, daß die augenblickliche Gestaltung des Teilzahlungskaufs den Käufer in eine wirtschaftlich ungünstige Lage drängt. Für den Käufer macht sich auch der Unterschied zwischen einem normalen Ratenkauf und einem finanzierten Kauf wirtschaftlich nicht bemerkbar; In beiden Fällen muß er seine Schuld ratenweise zahlen. Ob Empfänger des Geldes die Bank oder der Verkäufer ist, ist für den Käufer ohne Interesse. Der BGH hebt deshalb hervor, daß sich für den Käufer das gesamte Abzahlungsgeschäft als ein einheitlicher Lebensvorgang darstellt¹⁾, und die Aufspaltung dieses einheitlichen Lebensvorganges in zwei rechtlich voneinander unabhängige Verträge nicht dazu führen dürfe, den Käufer rechtlos zu machen.

Dem BGH ist in seiner Analyse der wirtschaftlichen Vorgänge des Abzahlungsgeschäftes zuzustimmen.

Bemängelt werden muß jedoch, daß die Rechtsprechung von dieser zutreffenden Darstellung der Tatsachen zu keiner rechtsdogmatisch überzeugenden Konstruktion vorzudringen vermochte²⁾. Der von dem BGH geprägte Begriff des "einheitlichen Lebensvorganges" sieht das Teilzahlungsgeschäft betont vom Standpunkt des Käufers aus und stellt allenfalls die Grundlage dar, auf der eine rechtsdogmatische Konstruktion aufzubauen hätte. Auch der Hinweis des BGH auf § 242 BGB vermag keineswegs zu überzeugen³⁾, da eine allein an § 242 BGB ausgerichtete Methode der Rechtsfindung und

1) BGHZ 47, 237

2) Ebenso Weitnauer (JZ 1968, 208), der der Ansicht ist, daß der Satz des BGH ("Die Aufspaltung des Abzahlungsgeschäftes in zwei Verträge dürfe den Käufer nicht schlechter stellen als bei einem einfachen Abzahlungsgeschäft") "wohl mehr eine Willensentscheidung als ein überzeugendes Argument sei". Vgl. die kritischen Ausführungen von Weiss, Darlehensgeschäft und finanzierten Abzahlungskauf in ZGes Kred W 1967, 818. Vgl. auch Esser (Festschrift S. 99), der die Begründung des BGH nur als Äußerung des Rechtsgefühls versteht, die in dieser Allgemeinheit der positiv-rechtlichen Kontrolle bedürfe.

3) Auch Esser (Festschrift S. 99) lehnt den Hinweis des BGH auf § 242 BGB als ausreichende Begründung ab.

Rechtsprechung zu einer bloßen Billigkeitsrechtsprechung¹⁾ führen würde und eine weitgehende Rechtsunsicherheit zur Folge hätte. Nur begriffliches Konstruieren und Deduzieren gewährleistet das Prinzip der Rechtssicherheit²⁾.

An Bemühungen der Rechtslehre, diese Rechtsprechung mit der Rechtsdogmatik in Einklang zu bringen, hat es indessen nicht gefehlt. Im folgenden wird daher ein Überblick über den bisherigen Stand der konstruktiven Lösungsversuche gegeben und im Anschluß daran ein eigener Lösungsvorschlag zur Diskussion gestellt.

1) Auf die Gefahren einer solchen Rechtsprechung hat Larenz im Zusammenhang mit der Lehre von der Geschäftsgrundlage in seinem Werk "Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung" (S. 157) hingewiesen.

2) Mück, S. 16.

V. Lösungsversuche in der Rechtslehre

1. Die sog. Einheitstheorie

Die Anhänger¹⁾ dieser Theorie fassen den finanzierten Kauf, d. h. Darlehns- und Kaufvertrag, wirtschaftlich und rechtlich als einheitliches Geschäft auf.

a) Aus der obigen Darstellung des B-Geschäftes²⁾ könnte man den Schluß ziehen, daß es sich hierbei um ein einheitliches Geschäft i. S. d. § 139 BGB handelt. Dies wäre dann von Bedeutung, wenn der Käufer die Wandlung wählte³⁾ oder den Kaufvertrag angefochten hätte⁴⁾ und der Darlehnsrückforderungsanspruch des Finanzierungsinstituts damit über § 139 BGB zum Erlöschen käme.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 139 ist, daß es sich um ein teilbares Gesamtgeschäft handelt⁵⁾.

Es ist nicht erforderlich, daß die zu dem Gesamtgeschäft verbundenen

1) Ewald MDR 1955, 71; Petermann Rechtspfleger 1955, 149, aufgegeben in Rechtspfleger 1958, 76; Scheer, S. 10 f; Zumschlinge, S. 101 f; vgl. auch OLG Braunschweig MDR 1951, 678

2) S. 4

3) Vgl. Mück, S. 14

4) Der BGH (Bd. 47, 233 ff) hat dem Käufer das Recht zugebilligt, unter den in BGHZ 37, 94 bestimmten Voraussetzungen die Rückzahlung des Darlehens auch dann zu verweigern, wenn die Ware nicht geliefert und der Kaufvertrag wirksam angefochten ist. Der BGH (S. 240/241) läßt es dahingestellt, ob nicht die Anfechtung des Kaufvertrages wegen der engen Zweckbindung beider Verträge unmittelbar auch auf den Darlehnsvertrag wirken könnte. Möllers (NJW 1967, 1784 f) zieht hieraus bereits den Schluß, daß die Anwendung des § 139 die Billigung des BGH finden würde; dies kann jedoch m. E. dem Urteil nicht entnommen werden.

5) Enn.-Nipperdey, S. 1216; Soergel-Hefermehl § 139, 1; Larenz AT, S. 449

Geschäfte dem gleichen Vertragstypus angehören¹⁾. Die Beteiligung mehrerer Personen - auch in ungleicher Weise - hebt die Einheitlichkeit des Geschäfts nicht auf²⁾. Die Einzelgeschäfte können jedoch nach überwiegender Meinung³⁾ nur durch den Willen aller an dem Geschäft beteiligten Parteien zu einem Gesamtgeschäft verbunden werden. Nach Ansicht von Krauss⁴⁾ muß dieser Wille nicht ausdrücklich, wohl aber zumindest stillschweigend erklärt sein. Eine solche weite Auslegung ist bedenklich, da sich die Parteien - worauf Larenz⁵⁾ hinweist -, häufig keine Gedanken darüber machen, ob sie das Geschäft als ein einheitliches gewollt haben. In solchen Fällen, in denen ein ausdrücklicher Wille fehlt, ist darauf abzustellen, "ob die getroffenen Regelungen wirtschaftlich so eng miteinander verflochten sind, daß sie nur miteinander als sinnvolle Regelung zu bestehen vermögen"⁶⁾. Wo hingegen eine ausdrückliche Vereinbarung dahingehend getroffen wurde, daß die Unwirksamkeit des einen Vertrages die Rechtsgültigkeit des anderen Vertrages nicht berühren soll, ist diesem erklärten Willen Rechnung zu tragen⁷⁾. § 139 ist dann insoweit zulässigerweise abbedungen⁸⁾.

Hier könnte man aus der Tatsache, daß alle drei am B-Geschäft Beteiligten einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verfolgen, auf das Bestehen eines teilbaren Gesamtgeschäfts schließen. Insbesondere ist der Käufer an der rechtlichen Einheit der Verträge interessiert, da er bei Leistungsstörungen des Verkäufers nicht an den Darlehnsvertrag gebunden sein möchte⁹⁾.

1) Larenz AT, aaO.

2) Staudinger-Coing § 129, Rd.Nr. 3

3) Vgl. die Nachweise bei Krauss, S. 39, Fn. 175

4) S. 32

5) AT S. 448; vgl. auch Flume § 32

6) Larenz AT, aaO.

7) vgl. Larenz AT, S. 448, Fn. 2

8) Ebenso Flume § 32, 3

9) a. M. Köster (S. 133), der meint, der Käufer wolle den Kauf auch ohne Darlehnsvertrag vornehmen; daß der Käufer dies im Einzelfalle u. U. wünscht, ist nicht maßgeblich. Entscheidend ist vielmehr, daß der Käufer nicht bar zahlen kann und daher ein Interesse an der Kreditierung - von welcher Seite auch immer - hat. Aus diesem Grund ist ihm aber an einer Abhängigkeit des Darlehnsvertrages vom Kaufvertrag unbedingt gelegen.

Gegen die Beurteilung des B-Geschäftes als eines einheitlichen Geschäftes i. S. des § 139 BGB spricht jedoch der erklärte Wille der Bank. Ihr Bestreben geht dahin, den Darlehnsvertrag frei von kaufrechtlichen Einflüssen zu halten. Diesen Willen bringt sie in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Ausdruck¹⁾, wo es ausnahmslos heißt, daß der Käufer nicht berechtigt sein soll, irgendwelche Einwendungen aus seinen Beziehungen zum Verkäufer gegenüber dem Zahlungsanspruch der Bank zu erheben. Die Zulässigkeit einer solchen Parteienabrede begegnet grundsätzlich keinen Bedenken. Auch der BGH²⁾ scheint der Auffassung zu sein, daß die Parteien rechtlich wirksam vereinbaren können, daß der Bestand und die Erfüllung des Darlehnsvertrages vom Schicksal des Kaufvertrages unabhängig sein soll. Das Bestreben der Bank, den Darlehnsvertrag unabhängig von dem Schicksal des Kaufvertrages abzuwickeln, ergibt sich auch daraus, daß sie einen gesonderten Darlehnsvertrag mit dem Käufer abschließt³⁾. Nur auf diesem Wege lassen sich die Rechtsfolgen des § 139 umgehen. Auf Grund des entgegenstehenden Willens der Bank kann das B-Geschäft daher nicht als ein einheitliches Geschäft i. S. des § 139 BGB angesehen werden⁴⁾.

b) Auch die Lehre von der Zweckverfehlung (§ 812 I 2 BGB) kann auf das B-Geschäft nicht angewandt werden; denn die Absicht des Finanzie-

1) Vgl. z. B. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Krauss Anhang II 2 Ziff. 4; III 2 Ziff. 8; IV 2 Ziff. 2

2) Vgl. BGHZ 47, 239

3) Ebenso Krauss, S. 43

4) H. M. vgl. die Nachweise bei Mück, S. 15, Fn. 2; jetzt auch Parendarm WM 1967, 435 und Esser II § 65 III 3 a; a. A.: OLG Karlsruhe MDR 1957, 161; Enn.-Nipperdey, S. 1217, Fn. 37; M. v. Bieberstein, S. 133, Fn. 514; unklar Vogelmann (S. 29), der bei ausdrücklicher Erklärung der Bank, daß Kauf- und Darlehnsvertrag rechtlich unabhängig voneinander sein sollen, die Anwendbarkeit des § 139 verneint, andererseits bei einem bloßen Ausschluß von Aufrechnung, Zurückbehaltungsrechten und Mängelrügen noch ein rechtlich einheitliches Geschäft annimmt. Vogelmann verkennt, daß die Bank gerade durch den Ausschluß dieser Rechte die Unabhängigkeit beider Verträge voneinander anstrebt und dieses Bestreben auch ausreichend klar zum Ausdruck bringt.

rungsinstituts bei einem B-Geschäft geht dahin, ein bestimmtes Geschäft zu finanzieren. Diesen Zweck hat es erreicht, sobald der gekaufte Gegenstand dem Käufer ausgehändigt und die Darlehnssumme an den Verkäufer überwiesen worden ist¹⁾. Mit der Finanzierung bezweckt das Finanzierungsinstitut aber keinesfalls, daß der Kaufvertrag unverändert erhalten bleibt. Wird der Kaufvertrag durch eine spätere Anfechtung oder Wandlung beseitigt, so stellt sich die Kredithingabe nicht bereits deswegen als rechtsgrundlos dar, weil der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist^{2) 3)}.

Esser versucht in der 3. Auflage⁴⁾ seines Werkes die Problematik mit Hilfe des § 812 I 1 1. Alt. zu lösen.

Der rechtlich selbständige Darlehnsvertrag ist seiner Ansicht nach ein zweckbezogenes Rechtsgeschäft. Die Zweckbezogenheit des Darlehns ergebe sich aus der "sachlichen Aufeinanderabstimmung"⁵⁾ von Kauf- und Darlehnsvertrag. Das Darlehn habe keinen anderen Zweck und dürfe nicht anders verwendet werden, als zur Tilgung der - als gültig vorausgesetzten - Kaufpreisschuld. Der Entstehung nach (genetisch) seien Kaufpreis- und Darlehnsvertrag deutlich aneinander gebunden⁶⁾. Bei Wegfall des finanzierten Kauf-

1) Ebenso Daum, NJW 1968, 372 ff; Mück, S. 15; a. A.: Möllers TF, S. 68 f; Schoreit, S. 85 ff.

2) Auch Vogelmann (S. 34) verneint die Anwendbarkeit des § 812 I 2, wenn der Zweckvereinbarung ein ausdrücklicher Verselbständigungswille der Bank entgegensteht. Dies ist aber heute ausnahmslos der Fall, vgl. die Allg. Geschäftsbedingungen bei Krauss, Anhang II 2, Ziff. 4; III 2, Ziff. 8; IV 2, Ziff. 2; und bei Vogelmann, Anhang, Ziff. III, Abs. 1.

3) Nach Ansicht von Esser (Festschrift S. 108) ist § 812 I 2 schon deswegen ausgeschlossen, weil eine Leistungskondition vorliegt und deshalb eine *condictio ob rem* ausscheidet. Vom Standpunkt Essers ist dies konsequent, da Esser den Leistungsbegriff anders versteht als die h. L. Gegen Esser aber s. S. 41.

4) Esser II § 65, III, 3 a

5) Esser, Festschrift, S. 104

6) Esser, Festschrift, aaO.

vertrages sei der Darlehnsvertrag "jedenfalls ... vom Käufer her gesehen ... infolge Zweckverfehlung gegenstandslos".

Der Kaufvertrag könne durch Nichtigkeit oder Anfechtung hinfällig werden¹⁾. Durch die Zweckverfehlung oder den Zweckfortfall sei das gesamte Darlehnsverhältnis mit allen Verpflichtungen hinfällig geworden²⁾. Bereichert sei zunächst der Verkäufer um die gewährte Valuta, und zwar durch die Leistung, die der Käufer mittels der Finanzierungsbank erbracht habe. In zweiter Linie sei der Käufer um eben die Ansprüche bereichert, die er nach § 812 gegen den Verkäufer habe. Er sei hierum auf Kosten des Kreditinstituts bereichert, das dem Verkäufer die Valuta zugewandt habe, in dem Umfang, in dem das Finanzierungsinstitut die Tilgungsraten bisher nicht erhalten habe³⁾.

Zur ungerechtfertigten werde die Bereicherung, wenn nach Rücktritt vom Kaufvertrag die Zweckbestimmung des Abzahlungsdarlehns entfalle, wobei unerheblich sei, ob die Valuta schon voll an den Verkäufer ausgeschüttet worden sei oder nicht.

Ungerechtfertigt sei die Bereicherung, wenn nach wirksamer Anfechtung oder sonstiger Nichtigkeit des Kaufvertrages der Darlehnsvertrag ohne Rücktritt hinfällig sei, da hier die anfängliche Zweckverfehlung ein Fall der Unmöglichkeit sei, da es objektiv unmöglich sei, den in Bezug genommenen Kaufvertrag noch zu kreditieren. Auch bei entgeltlichen Verträgen sei in einem solchen Fall Nichtigkeit gegeben, wenn die Nichterreichbarkeit des Leistungszwecks sich konkret als objektive Unmöglichkeit der Leistung darstelle.

Aus diesen Überlegungen heraus kommt Esser zu dem Schluß, daß bei Nichtigkeit oder Anfechtung des Kaufvertrags die Bank vom Käufer keine weiteren Tilgungsraten mehr verlangen könne, sondern die schon erhaltenen Raten nach § 812 I 1 1. Alt. an ihn zurückgewähren müsse⁴⁾.

1) Esser II, § 65 III 3 a (S. 72)

2) Esser II, aaO.

3) Esser II, aaO.

4) Esser II, aaO. (S. 73)

Esser will die Grundsätze auch dann Anwendung finden lassen, wenn der Käufer Wandlung wählt¹⁾.

Die bei der Wandlung auftauchenden Schwierigkeiten werden von ihm jedoch nicht weiter erörtert. So wird nicht klar, ob Esser auch hier eine objektive Unmöglichkeit in dem Sinne annehmen will, daß nach der vom Käufer erklärten Wandlung niemand mehr den in Bezug genommenen Kaufvertrag kreditieren kann. Da nach neuerer Auffassung²⁾ der Rücktritt nicht ex tunc, sondern nur ex nunc wirkt, läge dann ein Fall der nachträglichen Unmöglichkeit vor, der - in konsequenter Durchführung der Konstruktion von Esser - analog § 323 BGB behandelt werden müßte.

Fraglich ist aber schon, ob bei der Wandlung von einer objektiven Unmöglichkeit gesprochen werden kann. Denn nach der Lehre vom "richterlichen Gestaltungsakt"³⁾ wird die Wandlung nicht durch einseitige Erklärung des

1) Esser, Festschrift, S. 101

2) Vgl. Larenz I § 25 (S. 300 f), Ernst Wolf, Rücktritt, Vertreten müssen, Verschulden in AcP 153, 97 (102 f), Palandt-Danckelmann-Heinrichs, Einf. vor § 346, Anm. 1

3) Larenz II § 37 (S. 47). Die - auch von Esser (Bd. II, § 64 III (S. 42)) vertretene - Herstellungstheorie ist jedenfalls mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren, da § 349 BGB in § 467 BGB ausdrücklich ausgenommen ist. Die Herstellungstheorie ist aber auch - wie Larenz (aaO., S. 46) nachweist - in sich nicht klar, da in den Fällen, in denen der Kaufpreis noch nicht vollständig bezahlt ist, und der Käufer die Rückgewähr des Geleisteten begehrt, die Herstellungstheorie "noch nicht den Wegfall seiner Verpflichtung zur Zahlung des Restkaufpreises annimmt, sondern dem Käufer nur erst einen Anspruch auf Befreiung von dieser Verpflichtung zuerkennt, also insoweit doch die Mitwirkung des Verkäufers verlangt" (Larenz, aaO.). Daß die Rechtsprechung trotzdem nur eine einfache Zahlungsklage zuläßt, kann deshalb nur dann mit dem eindeutigen Wortlaut des § 467 BGB als vereinbar angesehen werden, wenn man in der Leistungsklage zugleich sinngemäß das Begehren nach Vollziehung der Wandlung (Larenz, aaO.) sieht. Das Leistungsurteil enthält daher stets ein verdecktes Gestaltungsurteil. (Larenz, aaO., S. 47, Fn. 3. Vgl. auch Larenz, Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs? in NJW 1951, 497 f; Böttcher, Die Wandlung als Gestaltungsakt, 1938.)

Käufers vollzogen, sondern erst mit der Einverständniserklärung des Verkäufers, bzw. ein diese Erklärung ersetzendes Urteil.

Solange aber die Einverständniserklärung des Verkäufers bzw. ein die Erklärung ersetzendes rechtskräftiges Gestaltungsurteil fehlt, bleibt der Kaufvertrag bestehen und wird nicht in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt. Bis zum Erlaß eines rechtskräftigen Urteils liegt dann aber ein Fall der Unmöglichkeit gar nicht vor, da der in Bezug genommene Kaufvertrag durchaus noch kreditiert werden kann. Der Käufer kann auch eine bereits erhobene Klage wieder zurücknehmen und damit sein Wandlungsbegehren hinfällig werden lassen.

Die Folge der dogmatischen Konstruktion von Esser wäre, daß der Käufer jedenfalls bis zum Erlaß des Urteils seine Zahlungsverpflichtungen weiter erfüllen müßte.

Stößt der von Esser hinsichtlich der Wandlung¹⁾ vorgeschlagene Lösungsversuch in seiner konsequenten Durchführung²⁾ bereits auf erhebliche Schwierigkeiten, so vermag der Lösungsvorschlag auch von seiner Grundlage her nicht zu überzeugen.

Wie Esser³⁾ richtig hervorhebt, hat das Darlehn keinen anderen Zweck, als die Kaufpreisschuld zu tilgen. Deshalb herrscht Einigkeit darüber⁴⁾, daß der Entstehung nach Kauf- und Darlehnsvertrag deutlich aneinander

1) Die gleichen Probleme stellen sich bei der Minderung, da auch hier die Lehre vom "richterlichen Gestaltungsakt" gilt. (Larenz II § 37 II (S. 48))

2) Da Esser (Bd. II, aaO., S. 46) der Herstellungstheorie folgt, ist die Wandlung mit ihrer Erklärung vollzogen. Dann ist es allerdings konsequent, den Eintritt der Unmöglichkeit zu bejahen. Die Herstellungstheorie ist aber - wie aber bereits dargelegt (S. 39, Fußn. 3) - mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren.

3) Festschrift, S. 104

4) Larenz II § 39 IV (S. 95); Esser, Festschrift, aaO., Möllers TF, S. 10 ff.

gebunden sind. Esser ist auch darin zu folgen, daß es sich bei dem Darlehn um ein zweckbezogenes Rechtsgeschäft handelt. Im Gegensatz zu Esser ist dieser Zweck für das Finanzierungsinstitut aber bereits dann erreicht, wenn die Bank nach Erhalt eines wirksamen Kaufvertrages und der Übergabe der gekauften Gegenstände an den Käufer die Valuta an den Verkäufer ausbezahlt.

Esser kommt an diesem Punkt deshalb zu einem anderen Ergebnis, weil er seine Konstruktion auf dem von Wieacker¹⁾ herausgearbeiteten Leistungsbegriff aufbaut. Leistung ist nach Ansicht von Wieacker²⁾ die Verwirklichung des Gläubigerinteresses durch das vertragsmäßige Verhalten des Schuldners (i. e. der Bank). Wieacker ist der Ansicht, daß es einen vom Leistungserfolg verschiedenen Geschäftszweck, der von der h. L. nach den Grundsätzen der sog. objektiven Geschäftsgrundlage behandelt werde, nicht gebe³⁾. An dieses Ergebnis knüpft Esser⁴⁾ an und folgert hieraus, daß das zweckgebundene Verpflichtungsgeschäft (i. e. Darlehn) mit der Unmöglichkeit der Zweckerreichung schlicht hinfällig werde.

Die Auffassung Wieackers, daß die Einführung des - vom Leistungserfolg zu unterscheidenden - Begriffes "Geschäftszweck" entbehrlich sei, dürfte jedoch, bezogen auf das B-Geschäft, nicht zutreffen; denn die von der Bank geschuldete Leistung besteht bei einem Darlehnsvertrag darin, dem Kreditnehmer das Kapital auf Zeit zur Benutzung zu überlassen⁵⁾. Mit der Auszahlung der Valuta an den Verkäufer erfüllt die Bank diese - ihr obliegende - Leistungsverpflichtung. Damit ist der dieser Leistung innewohnende Zweck erreicht. Von diesem Leistungserfolg verschieden ist der mit der Hingabe erfolgte Geschäftszweck. Dieser besteht in der Valutierung der Kaufpreisforderung. Der Wille der Bank geht aber nur dahin, den - darlehnsbezogenen - Leistungserfolg herbeizuführen; daß daneben das Finanzierungsinstitut und der Käufer-Darlehnsnehmer einen bestimmten Geschäfts-

1) Festschrift, S. 783 ff; zum Leistungsbegriff vgl. auch Larenz I § 2 I (S. 8) und Larenz II § 62 I

2) S. 798

3) Wieacker, aaO., S. 808

4) Festschrift, S. 110

5) Larenz II § 47 II (S. 192)

zweck verfolgen, läßt diesen Geschäftszweck nach dem erkennbaren Willen des Finanzierungsinstituts noch nicht Bestandteil des darlehnsrechtlichen Leistungserfolges werden. Auf Grund der Beteiligung von drei Personen am B-Geschäft zeigt sich gerade, daß neben dem Leistungserfolg durchaus ein davon verschiedener Geschäftszweck bestehen kann.

Am B-Geschäft wird außerdem deutlich, daß der Begriff "Geschäftszweck" nicht - wie Wieacker meint¹⁾ - "konturenlos" bleibt, sondern im Gegenteil gerade erst eine scharfe Abgrenzung ermöglicht: Im Verhältnis Bank-Käufer wird mit dem Abschluß des Darlehnsvertrages die schuldrechtliche Verpflichtung der Bank zur Leistung begründet und gleichzeitig der Geschäftszweck (nämlich die Finanzierung des Kaufpreises) festgelegt. Dieser Geschäftszweck ist beim B-Geschäft auch - entgegen der Ansicht von Wieacker - rechtlich formulierbar, was gerade durch die Zweckbezogenheit des Darlehns bewiesen wird.

Somit ist festzustellen, daß bei dem B-Geschäft neben dem darlehnsrechtlichen Leistungserfolg ein hiervon zu unterscheidender Geschäftszweck besteht. Der Wegfall dieses Geschäftszwecks könnte daher - entgegen der Ansicht von Esser - nur gemäß den Grundsätzen vom Wegfall der Geschäftsgrundlage behandelt werden²⁾.

c) Aber auch die zur Lehre vom Fortfall der Geschäftsgrundlage entwickelten Grundsätze können hier nicht herangezogen werden, um den Darlehnsrückforderungsanspruch der Bank zum Erlöschen zu bringen; denn der Kaufvertrag ist nur eine Voraussetzung für den Abschluß des Darlehnsver-

1) Wieacker, aaO., S. 807

2) Auch nach Ansicht von Larenz (Bd. II § 39 IV) (S. 95) ist nur das Zustandekommen des Kaufvertrages, nicht jedoch seine Durchführung die objektive Geschäftsgrundlage des Darlehnsvertrages.

trages, er ist jedoch keine Grundlage für seinen weiteren Bestand¹⁾. Nach Abschluß des Darlehnsvertrages führt dieser ein vom Kaufvertrag unabhängiges Eigenschicksal²⁾.

d) In diesem Zusammenhang ist der - soweit ersichtlich - noch nicht erörterten Frage nachzugehen, ob sich eine Schutzwürdigkeit des Käufer-Darlehnsnehmers nicht auf Grund der Werbung der Bank und damit aus dem Vertrauensschutzgedanken heraus, herleiten lassen könnte; denn der Käufer könnte i. d. R. aus der Tatsache, daß eine Bank mit einem bestimmten Händler zusammenarbeitet, den Schluß ziehen, daß dieser Händler ein redlich handelnder und wirtschaftlich solventer Partner ist. Der Käufer vertraut deshalb darauf, daß gerade dieser Händler die gekaufte Ware ordnungsgemäß und einwandfrei liefern wird.

-
- 1) Mück, S. 15; Larenz II § 39 IV (S. 95) Temp., S. 106 f; Krauss (S. 53 ff) hebt zutreffend hervor, daß der Käufer einen - auch in der Zukunft - wirksamen Kaufvertrag zur Bedingung für den Bestand des Darlehnsvertrages gemacht hätte, wenn er die Unsicherheit des Bestandes des Kaufvertrages gekannt hätte; auf dieses Ansinnen hätte sich das Finanzierungsinstitut aber - auch redlicherweise - nicht einlassen müssen. Die Forderung, auf grundlegende Interessen des Kontrahenten Rücksicht zu nehmen, läßt sich nur aus den besonderen Umständen des in Frage stehenden Vertrages herleiten. Als solche besonderen Umstände können aber - wie Krauss darlegt - weder die Existenz von Finanzierungsinstituten noch deren wirtschaftliche Überlegenheit noch die Höhe der Darlehnszinsen anerkannt werden.
- 2) Ebenso Busch MDR 1952, 210 f; Wanka, S. 73 f; Krauss, S. 56; Mück, S. 15; zutreffend führt Mück aus, daß der Käufer im anderen Falle in der freien Wahl der Gewährleistungsrechte beschränkt wäre, da er, um den Anspruch der Bank zu vernichten, stets auf die Wandlung zurückgreifen müßte. a. A.: Donau NJW 1955, 1666 f; Walther, S. 37 f; Köster, S. 98 unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Überlegenheit des Finanzierungsinstituts; Stock (S. 94), der der Ansicht ist, daß auf Grund der wirtschaftlichen Verbundenheit jeder Vertrag für den anderen die Geschäftsgrundlage sei. Stock verkennt jedoch den erkennbar geäußerten Willen der Bank; diese will eben nur den Abschluß, nicht den Bestand des Kaufvertrages zur Geschäftsgrundlage des Darlehnsvertrages machen.

Fraglich ist hierbei jedoch schon, ob das Moment der Werbung eine geeignete Voraussetzung ist, um grundsätzlich ein schutzwürdiges und gerechtfertigtes Vertrauen auf Seiten des Käufers zu bejahen. Diederichsen¹⁾ hat in anderem Zusammenhang nachgewiesen, daß die Werbung insgesamt keinen geeigneten Ansatzpunkt für eine umfassende Warenhaftung abgibt, da sie ganz andere Ziele verfolge und innerhalb der Gesamtwirtschaft auch ganz andere Funktionen habe. Eine Ausnahme sei nur dann zu machen, wenn eine Reklame bestimmte Behauptungen enthalte. Ist somit zweifelhaft, ob eine Schutzwürdigkeit des Käufers auf Grund der Werbung hergeleitet werden kann, so kommt bei einem B-Geschäft noch die Tatsache hinzu, daß das Finanzierungsinstitut hier - anders als der Warenhersteller (d. h. der Verkäufer) - auf jede Werbung in Form von Reklame nach außen verzichtet. Allenfalls wirbt der Händler für den Absatz seiner Produkte mit dem Hinweis auf günstige Finanzierungsmöglichkeiten, ohne hierbei jedoch ein bestimmtes Finanzierungsinstitut zu nennen. Eine gezielte Werbung der Bank gegenüber potentiellen Kunden fehlt und damit auch ein Anhaltspunkt, die Bank "beim Wort zu nehmen".

Zugegeben werden muß andererseits, daß durch die Werbung des Händlers mit günstigen Finanzierungsmöglichkeiten der Bank Kunden zugeführt werden, doch ist eine auf bloße Teilnahme gerichtete Tätigkeit der Bank an einem B-Geschäft als solche rechtlich nicht relevant genug, um daraus ein schutzwürdiges Vertrauen auf Seiten des Käufer - Darlehnsnehmers herzuleiten.

Die Tatsache der Zusammenarbeit von Händler und Bank besagt auch nicht, daß die Bank den Händler nur unter dem Gesichtspunkt eines redlichen Verhaltens gegenüber den Käufern ausgewählt hat. Der Bank ist primär daran gelegen, daß der Händler seine gegenüber der Bank bestehenden Pflichten erfüllt. Wie dagegen der Händler seine Pflichten gegenüber dem Käufer erfüllt, ist für die Bank nur von sekundärem Interesse.

Aus diesem Grunde hat sie ja den Darlehnsvertrag nicht mit dem Verkäufer, sondern mit dem Käufer abgeschlossen. Die bloße Teilnahme der Bank an dem B-Geschäft ist daher als Anknüpfungspunkt rechtlich nicht

1) S. 172 ff; 288 ff.

bedeutsam genug, um daraus eine Schutzwürdigkeit des Käufers für das in Anspruch genommene Vertrauen herzuleiten.

e) Ewald¹⁾ ist der Meinung, daß es sich bei dem finanzierten Teilzahlungskauf "im Grunde ... um ein einziges Geschäft ... handelt, das nur in zwei Verträge aufgespalten ist, weil ein brauchbarer dreiseitiger Vertrag sui generis sich noch nicht gefunden" habe. Das Finanzierungsinstitut müsse rechtlich wie ein Verkäufer behandelt werden, weil es "im Grunde nichts anderes als ein verkappter Abzahlungsverkäufer sei"²⁾.

Hiergegen ist zu sagen, daß Ewald die rechtliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit von Verkäufer und Finanzierungsinstitut nicht zutreffend würdigt. Das Finanzierungsinstitut ist keine unselbständige Abteilung im Organisationsbereich des Verkäufers, sondern es steht dem Verkäufer als gleichberechtigter Geschäftspartner gegenüber. Die Finanzierungsinstitute arbeiten i. d. R. auch nicht nur mit einem Verkäufer zusammen, sondern mit einer Vielzahl von Groß- und Einzelhändlern in der gesamten Bundesrepublik. Es wäre daher gekünstelt, wenn man das Finanzierungsinstitut als einen verkappten Abzahlungsverkäufer auffaßte.

Unbestritten kann es vorkommen, daß die Bank - ungewollt - einen gewissen Rechtsschein setzt³⁾, der es im Einzelfall dann rechtfertigt, sie als Verkäuferin anzusehen⁴⁾; doch werden diese Fälle selten sein und waren bisher - soweit ersichtlich - auch noch nicht Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung.

Bei einem normalen B-Geschäft ist es ein wesentliches Merkmal, daß das Finanzierungsinstitut mit den Beziehungen zwischen dem Verkäufer und dem Käufer nichts zu tun haben will, und der Verkäufer ist auch nicht er-

1) Ewald, AbzG und Ref. S. 161

2) MDR 1955, 70 f; im gleichen Sinne; OLG Braunschweig MDR 1951, 677; Zumschlinge, S. 101 ff; Scheer, S. 10 ff.

3) Vgl. auch Möllers TF, S. 63; Mück, S. 24 f.

4) Hierher gehören ebenfalls die Fälle, in denen der Verkäufer nur Strohmann des Kreditinstituts ist und umgekehrt, vgl. hierzu RGZ 128, 251 ff (154); RGZ 152, 283 ff (286)

mächtigt, irgend etwas im Namen der Bank zu tun¹⁾.

Die Einheitstheorie leidet daran, daß sie den Willenserklärungen der Finanzierungsinstitute keinerlei Bedeutung beimißt; diese wollen den Darlehnsvertrag nur mit dem Käufer abschließen. Die Einheitstheorie würdigt auch die tatsächliche Stellung der Bank nicht zutreffend; Diese hat auf Grund der Kapitalschwäche von Käufer und Verkäufer die Möglichkeit, den Darlehnsnehmer zu wählen. Diesem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen²⁾ muß Rechnung getragen werden³⁾.

2. Strack hat in seiner Dissertation "Die Rechtsstellung des Kunden im Teilzahlungsgeschäft" nachzuweisen versucht⁴⁾, daß das B-Geschäft ein in eine sachfremde Form⁵⁾ gekleidetes Rechtsgeschäft sei, daß seiner Natur nach mit der Listenfinanzierung identisch sei und wirtschaftlich der Abtretungskonstruktion voll entspreche⁶⁾. Bei der Listenfinanzierung lege der Verkäufer an einem bestimmten Tag listenmäßig erfaßte Kaufverträge der Bank vor, trete die Kaufpreisforderung an die Bank ab und erhalte dafür den Gegenwert in bar. Der Käufer konnte in diesen Fällen seine Einwen-

1) Ebenso Möllers, S. 16

2) Möllers (NJW 1967, 1785) will der Entscheidung des BGH (NJW 1967, 1028) entnehmen, daß die Anwendung des § 139 die Billigung des Gerichtes finden würde. Dies kann dem Urteil jedoch nicht entnommen werden, da der BGH in dem genannten Urteil ausdrücklich an der rechtlichen Selbständigkeit von Kauf- und Darlehnsvertrag festhält. (Ebenso Daum NJW 1968, 374).

3) Ebenso Walther, S. 28

4) Strack kann nicht als ein typischer Vertreter der Einheitstheorie angesehen werden, wie z. B. Ewald, Scheer und Zumschlinge (aaO.). Strack lehnt aber auch nicht, wie Möllers (TF S. 19) meint, die Einheitstheorie ab (zustimmend Krauss, S. 74). Da er jedoch das Bestehen eines Kreditverhältnisses zwischen der Bank und dem Käufer verneint und für ihn damit die Probleme, die sich aus der Selbständigkeit von Kauf- und Darlehnsvertrag ergeben, entfallen, stimmt er im Ergebnis mit der Einheitstheorie überein.

5) Strack, S. 87, 88

6) Zur Listenfinanzierung ausführlich Strack, S. 8 ff.

dungen aus dem Kaufvertrag gemäß § 404 BGB gegen die Bank richten, soweit der Käufer nicht schon bei Vertragsabschluß auf seine Rechte aus § 404 BGB verzichtet hatte.

Bei dem B-Geschäft fließe der Kredit des Finanzierungsinstituts ebenfalls nicht dem Käufer-Darlehnsnehmer, sondern (wie bei der Listenfinanzierung) dem Verkäufer zu.

Strack ist insoweit zuzustimmen, als er die Listenfinanzierung (Abtretungskonstruktion) und das B-Geschäft (Darlehnskonstruktion) für wirtschaftlich identisch ansieht¹⁾; Bei beiden Geschäften fließt das Geld dem Verkäufer zu und die vom Käufer und Verkäufer übernommenen Pflichten sind ebenfalls gleich²⁾.

Strack mißt jedoch der grundlegenden Tatsache, daß das B-Geschäft sowohl der Kapitalschwäche des Käufers wie der des Verkäufers seine Entstehung verdankt, keine entscheidende Bedeutung bei. Zwar war früher die Kreditgewährung an den Händler üblich (Listenfinanzierung). Sie bereitete der Bank aber durch einen im voraus verlängerten Eigentumsvorbehalt des Großhändlers oder Herstellers zunehmend Schwierigkeiten³⁾.

Die Finanzierungsinstitute konnten dieses Hindernis dadurch umgehen, daß sie den Darlehnsvertrag mit dem Käufer abschlossen; denn mit der Überweisung der Darlehnssumme an den Verkäufer erwarb der Käufer das Eigentum an der Sache. Es stand somit im Belieben des Finanzierungsinstituts, ob es den Darlehnsvertrag mit dem Käufer oder dem Verkäufer schließen wollte⁴⁾. Aus der Tatsache, daß das Finanzierungsinstitut früher dem Verkäufer das Darlehn gewährt hat, kann nicht geschlossen werden, daß das heute übliche B-Geschäft nur zum Schein erfolgte. Hat die

1) Vgl. Möllers TF S. 34; und HTzW S. 499; M. v. Bieberstein, S. 113 ff (118)

2) Vgl. Dempewolf NJW 1958, 215

3) Mück, S. 32

4) Diese Unterscheidung wird schon von Rautmann (S. 910) gemacht; vgl. auch Crisolli-Ostler § 6, Anm. 57 ff; Klauß § 6, Anm. 493; Walther, S. 27

Bank die Auswahl zwischen zwei Partnern und schließt sie den Darlehnsvertrag mit dem Käufer ab, so ist es ein Gebot der Vertragsfreiheit, den Vertrag auch in diesem Sinne aufzufassen und nicht im Hinblick auf vorausgegangene Geschäfte in einen Vertrag mit dem Verkäufer umzudeuten^{1) 2)}.

Strack stützt seine These, daß ein Darlehnsvertrag zwischen dem Finanzierungsinstitut und dem Käufer nicht bestehe, weiter darauf, daß der Zeitpunkt, zu dem die Bank die Valuta an den Händler auszahle, nicht mit dem Zeitpunkt übereinstimme, zu dem der Käufer gemäß seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag die Kaufpreisschuld zu tilgen habe. Das Finanzierungsinstitut könne den mit dem Darlehn verfolgten Zweck, der in der Begleichung des Restkaufpreises liege, daher gar nicht mehr erfüllen³⁾.

Weiter begründet Strack seine Ansicht damit, daß die Leistung der Bank nicht dem entspreche, was der Empfänger erhalte, denn die Bank gewähre eine Geldleistung, der Käufer erhalte indessen nicht diese Leistung, sondern den unmittelbaren Besitz an der verkauften Ware⁴⁾. Auch entspreche die Leistung der Bank nicht der Summe, die der Käufer dem Verkäufer aus dem Kaufvertrag schulde, denn das Finanzierungsinstitut zahle dem Verkäufer nur 80 - 90 % des Darlehns aus; andererseits fordere die Bank jedoch den gesamten Betrag (also 100 %) vom Käufer-Darlehnsnehmer zurück⁵⁾.

Ferner erhalte der Käufer die Ware schon zu einem Zeitpunkt, in dem das Finanzierungsinstitut noch gar keinen Kredit gewährt habe. Es sei

1) Ebenso Mühlhauser MDR 1955, 267 ff; Temp, S. 16; Mück, S. 33; Schubert, S. 151; Möllers TF S. 74; Walther, S. 27

2) Es kann auch nicht unterstellt werden, worauf Möllers (TF S. 20) zu Recht hinweist, daß die Kreditinstitute, die unter der Kontrolle und Aufsicht der Bankaufsichtsbehörde arbeiten, sich juristischer Formen und Begriffe unjuristisch bedient hätten.

3) Strack, S. 84, 89, 90

4) Strack, S. 78

5) Strack, aaO.

dann wenig sinnvoll anzunehmen, daß der Käufer noch zu diesem Zeitpunkt vom Finanzierungsinstitut einen Geldkredit erhalten solle¹⁾.

Eine Kredithingabe, wie sie beim B-Geschäft erfolge, sei auch bankfremd, weil sich das Finanzierungsinstitut von seinem Darlehnsnehmer nur ein lükenhaftes Bild machen könne²⁾. Letztlich sei der Käufer auch gar nicht daran interessiert, wie das Finanzierungsinstitut über seinen eingereichten Darlehnsantrag entscheide, da es ihm nur darauf ankomme, möglichst schnell in den Genuß der Sache zu gelangen, ohne sofort bar bezahlen zu müssen³⁾.

Auf Grund dieser Überlegungen kommt Strack zu dem Schluß, daß Darlehnsnehmer nicht der Käufer, sondern der Verkäufer sei und das B-Geschäft in Wahrheit ein Fall der Abtretungskonstruktion sei.

Die von Strack gezogenen Folgerungen sind jedoch nicht überzeugend. Hinsichtlich des von ihm herausgestellten Zeitunterschiedes zwischen der Zahlungsverpflichtung des Käufers einerseits und der zeitlich nachfolgenden Darlehnsherausgabe der Bank andererseits verkennt Strack, daß es für den finanzierten Kauf gerade kennzeichnend ist, wenn vereinbart wird, daß der Käufer den Restkaufpreis nicht sofort zu bezahlen brauche, sondern der Verkäufer eine kurze Zeitspanne warten müsse, bis das Finanzierungsinstitut die noch ausstehende Summe überweist⁴⁾. Die Wartezeit des Verkäufers ist dadurch, daß ihm innerhalb kurzer Zeit der gesamte Restkaufpreis gutgeschrieben wird, wirtschaftlich durchaus gerechtfertigt.

Strack verkennt auch den Gegenstand des dem Käufer vom Finanzierungsinstitut gewährten Darlehns. Dies ist nicht der unmittelbare Besitz an der gekauften Sache. Denn dann handelte es sich um einen Warenkredit, der

1) Strack, S. 78

2) Strack, S. 84

3) Strack, S. 80 ff

4) Ebenso Walther, S. 28, der zutreffend darauf hinweist, daß die geringe Zeitspanne zwischen der Lieferung der Kaufsache und der Gutschrift des Darlehnsbetrages auch bei anderen Geschäften anzutreffen ist, wenn nämlich der Kaufpreis durch Zwischenschaltung eines Bankinstituts getilgt werden soll.

vom Verkäufer gewährt würde. Ein solcher Kredit ist aber wegen des vorhandenen geringen Kapitals des Verkäufers gar nicht möglich. Der Verkäufer ist im Gegenteil darauf angewiesen, daß er den gesamten Kaufpreis möglichst rasch erhält. Der Kredit, den der Käufer erhält, besteht daher nicht in der Besitzerlangung, sondern im gewährten Darlehn¹⁾; daß dieses Darlehn nicht unmittelbar an den Käufer ausbezahlt wird (und von diesem an den Verkäufer), ist rechtlich irrelevant und hat seinen Grund in dem Bemühen um eine schnelle und reibungslose Abwicklung des Geschäftes.

Stracks Hinweis, daß der Verkäufer nur 80 - 90 % des Restkaufpreises erhalte, ergibt ein unrichtiges Bild. Das Finanzierungsinstitut schreibt dem Verkäufer vielmehr den gesamten Betrag gut²⁾. Ein ganz geringer Teil³⁾ der Summe wird sicherungshalber auf ein Sperrkonto einbezahlt. Dies ist eine durchaus übliche zusätzliche Kreditsicherung durch einen Dritten. Aus ihr kann deshalb nicht der Schluß gezogen werden, daß der Verkäufer aus diesem Grunde zum Darlehns Hauptschuldner werde. Auch kann der Verkäufer sofort über den Sperrbetrag verfügen, wenn der Käufer das Darlehn zurückgezahlt hat.

Stracks Behauptung, daß der Käufer die Ware schon bekomme, bevor die Bank den Kredit gewährt habe, überzeugt ebenfalls nicht; denn der Kaufvertrag steht unter der Bedingung, daß die Bank den Kredit gewährt. Lehnt sie den Kreditantrag - gleich aus welchen Gründen - ab, so kann der Verkäufer die Ware von dem Käufer zurückverlangen. Daß darin ein gewisses Risiko für den Verkäufer liegt, wird nicht bestritten. Ein solches Risiko besteht jedoch für jeden vorleistenden Verkäufer⁴⁾. Das Risiko wird aber auf einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum, nämlich bis zur Überweisung des Darlehns begrenzt. Der Verkäufer kann sich auch bereits bei den Kaufvertrags- und Darlehnsantragsverhandlungen ein ungefähres Bild von der Kreditwürdigkeit des Käufers-Darlehnsnehmers machen, da der Käufer im Wege einer Selbstauskunft⁵⁾ seine Vermögensverhältnisse darzulegen hat.

1) Rudolph, S. 41 ff; Mück, S. 36/37

2) Ebenso Möllers, S. 20

3) Früher waren es 10 - 20 % der Darlehnssumme (vgl. Möllers, S. 20), heute sind es i. d. R. nur noch 3 - 5 % (vgl. Krauss, S. 59)

4) Ebenso Möllers TF S. 20

5) Mück, S. 37

Auch der Hinweis von Strack, daß es bankfremd sei anzunehmen, daß die Bank an eine ihr völlig unbekannte Person ein Darlehn gewähre, entbehrt jeder Überzeugungskraft.

Die mit der Teilzahlungsfinanzierung befaßten Kreditinstitute haben im Gegenteil mit der Kreditwürdigkeit und der Zahlungsmoral ihrer Kunden gute Erfahrungen gemacht; dies hat sie u. a. dazu bestimmt, die sog. "Teilzahlungsbarkredite"¹⁾ in Form der "Persönlichen Kleinkredite" und "Anschaffungsdarlehn" einzuführen.

Auch das letzte Argument von Strack, daß der Käufer kein Interesse daran habe, wie das Finanzierungsinstitut über seinen Darlehnsantrag entscheide, trifft nicht zu; denn der Käufer weiß, daß er die Sache nur dann kaufen, behalten und nutzen kann, wenn das Kreditinstitut ihn für kreditwürdig hält. Er hat also durchaus ein Interesse daran, daß die Bank positiv über seinen Antrag entscheidet²⁾.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß das B-Geschäft - entgegen der Ansicht von Strack - kein in eine sachfremde Form gekleidetes Rechtsgeschäft ist.

3. Einen ganz anderen Weg beschreitet M. v. Bieberstein. Er lehnt die Unterteilung der Abzahlungsgeschäfte in Absatz- und Kundenfinanzierung ab, da sie seiner Ansicht nach einen nicht vorhandenen Unterschied auf wirtschaftlichem Gebiet zwischen beiden Formen vortäusche³⁾.

Für das A-Geschäft verwendet er nur die Bezeichnung "Königsberger Schecksystem". Das B-Geschäft umfaßt seiner Meinung nach die Darlehns- und die Abtretungskonstruktion.

M. v. Bieberstein legt dar⁴⁾, daß die Abtretungskonstruktion der Darlehnskonstruktion gleiche, denn in beiden Fällen zahle das Finanzierungsinstitut den Restkaufpreis direkt an den Verkäufer. Auch fordere das Finanzie-

1) Vgl. auch Krämer, Sparkasse 1960, 367

2) Ebenso Möllers TF S. 21; Mück, S. 37

3) M. v. Bieberstein, S. 13

4) M. v. Bieberstein, S. 110 ff, 136 ff.

rungsinstitut bei beiden Finanzierungsformen den Betrag zunächst vom Käufer zurück, und erst, wenn dieser die Raten nicht pünktlich zahle, halte es sich an den Verkäufer. Der Unterschied bestehe nur darin, daß bei der Abtretungskonstruktion der Verkäufer und bei der Darlehnskonstruktion der Käufer Darlehnsnehmer sein solle¹⁾. Bei der Abtretungskonstruktion, bei der der Verkäufer die Kaufpreisforderungen an das Finanzierungsinstitut abtrete, seien die Rechte des Käufers nach § 404 BGB i. d. R. durch Parteivereinbarungen ausgeschlossen. Bei der Darlehnskonstruktion sei ein solcher Verzicht des Käufers nicht nötig, da das Finanzierungsinstitut die Forderung gegen den Käufer nicht durch Zession vom Verkäufer, sondern durch einen selbständigen Darlehnsvertrag erworben habe. Daher habe die Vereinbarung eines besonderen Darlehnsvertrages dieselbe Funktion wie der Verzicht des Käufers auf die Rechte nach § 404 BGB²⁾. Davon ausgehend meint M. v. Bieberstein, daß das Finanzierungsinstitut sich dann nicht auf die Selbständigkeit des Darlehnsvertrages berufen könne, wenn eine Berufung auf den Verzicht des Käufers auf seine Rechte nach § 404 ebenfalls unzulässig wäre. Die Begründung sei den allgemeinen Grundsätzen über die Umgehung von Verbotsnormen zu entnehmen. Da wirtschaftlich gesehen nur der Verkäufer an der Darlehnsgewährung interessiert sei, stelle sich die Darlehnskonstruktion als ein Umweg dar³⁾. Soweit daher ein Verzicht des Käufers aus § 404 BGB unzulässig sei, gelte dies entsprechend für die Geltendmachung des selbständigen Darlehnsanspruchs. M. v. Bieberstein geht dann der Frage nach, inwieweit der Käufer auf Einwendungen, die nicht im Abzahlungsgesetz geregelt sind, gegenüber der Bank als Zessionarin verzichten kann. Nach Ansicht von M. v. Bieberstein ist das AbzG auch auf Mängelinwendungen anzuwenden⁴⁾. Somit kann der Käufer auf

1) M. v. Bieberstein, S. 136

2) S. 136, 137

3) S. 138

4) M. v. Bieberstein stützt sich hierbei darauf, daß die Sachmängel zwar bewußt nicht vom Gesetzgeber im AbzG geregelt worden seien; daraus könne jedoch nicht gefolgert werden, daß der Gesetzgeber einen Ausschluß habe zulassen wollen. Denn zu jener Zeit war ein "Ausschluß der Sachmängelhaftung im heutigen Sinne mindestens nicht üblich, offenbar sogar völlig ungebräuchlich". (S. 147)

diese Rechte nach § 404 BGB nicht verzichten. Ein trotz dieser Rechtslage erklärter Verzicht wäre unwirksam. Da ein Verzicht auf die Rechte nach § 404 BGB das gleiche darstelle wie eine selbständige Darlehnskonstruktion, könne sich die Bank insoweit nicht auf die Selbständigkeit des Darlehnsvertrages berufen.

M. v. Bieberstein ist darin zuzustimmen, daß die Bezeichnung "Absatz - oder Kundenfinanzierung" rechtlich bedeutungslos ist¹⁾. Entscheidend ist allein, wer Darlehnsnehmer ist²⁾. An der These von M. v. Bieberstein ist zu beanstanden, daß er dem erklärten Willen der Bank keine Bedeutung beimißt; denn es ist für eine gerechte Beurteilung des B-Geschäftes unerläßlich, zu erkennen, daß sowohl der Käufer wie der Verkäufer nicht über genügend liquide Mittel verfügen, um das Geschäft selbst zu finanzieren. Hätte der Verkäufer genügend Kapital, so würde er nicht zwecks Kreditierung mit einer Bank zusammenarbeiten. Könnte der Käufer bar bezahlen, ohne seine Mittel auf das Äußerste anzuspannen, so würde es i. d. R. zu einem Barkauf kommen³⁾.

Es ist daher nicht zutreffend, wenn M. v. Bieberstein meint, daß nur der Verkäufer wirtschaftlich an der Kreditierung interessiert sei. Das wirtschaftliche Interesse besteht in gleichem Maße auf Seiten des Käufers und der Bank. Nur ist es dem Käufer unter Umständen gleichgültig, ob der Verkäufer oder die Bank den Kaufpreis kreditiert.

Aus dieser Tatsache ergibt sich zwangsläufig, daß die Bank - auch wirtschaftlich gesehen - für den Abschluß des Darlehnsvertrages eine Wahlmöglichkeit zwischen dem Verkäufer und dem Käufer hat.

Die Tatsache, daß die Darlehnssumme unmittelbar an den Verkäufer ausbezahlt wird, kann nicht als Indiz dafür herangezogen werden, daß jede

1) Sie ist von der Rechtslehre zwecks besserer Überschaubarkeit eingeführt worden, vgl. Möllers TF S. 2 und HTzW S. 468

2) Ebenso Möllers TF S. 2

3) Allein deswegen, um in den Genuß der sog. Barzahlungsrabatte zu gelangen, die allgemein 3 % des Bruttoverkaufspreises betragen.

anders lautende rechtliche Vereinbarung einen "Umweg"¹⁾ darstelle. Eine solche unmittelbare Auszahlung ist nur eine zahlungstechnische Erleichterung, und beim B-Geschäft geschieht dies dadurch, daß das Finanzierungsinstitut dem Verkäufer für Rechnung des Käufers den Kaufpreis gutschreibt, der Käufer also einen Geldkredit erhält²⁾.

Die Bank hat daher die Möglichkeit, zwischen der Darlehnskonstruktion und der Abtretungskonstruktion zu wählen. Hat die Bank die Darlehnskonstruktion und damit das B-Geschäft gewählt, so muß dieser Tatbestand auch entsprechend rechtlich gewürdigt werden.

Die Theorie von M. v. Bieberstein ist weiter insofern wenig überzeugend, als sie das Problem mit Hilfe des AbzG zu lösen versucht.

Zwar wendet die herrschende Meinung das AbzG auch auf das B-Geschäft an³⁾, jedoch nur insoweit, als der Käufer nach den §§ 1 - 5 AbzG schutzwürdig ist. Der Schutz des AbzG erstreckt sich nicht auf Sachmängel der gekauften Ware.

Zu prüfen ist, ob das AbzG nicht extensiv ausgelegt oder analog angewendet werden kann.

Auch Ausnahmenvorschriften können erweiternd ausgelegt werden, sofern sich die Auslegung noch innerhalb des "engeren Prinzips"⁴⁾ bewegt, das der Ausnahmenvorschrift gegenüber dem allgemeinen Grundsatz zugrunde liegt.

Das Abzahlungsgesetz ist ein Sondergesetz und als solches daher insoweit auslegungsfähig, als sich die Auslegung noch im Rahmen der ratio des Abzahlungsgesetzes bewegt⁵⁾.

Hier ist jedoch die Ausdehnung des AbzG auch auf Sachmängel im Wege

1) So M. v. Bieberstein, S. 138

2) Ebenso Mück, S. 37; Rudolph, S. 41 ff

3) Vgl. die ausführliche Übersicht bei Krauss, S. 65

4) Larenz, Methodenlehre, S. 260; Engisch, S. 147/148

5) Bender JZ 1957, 593 ff (600); M. v. Bieberstein, S. 145

einer extensiven Auslegung nicht zulässig, weil die ratio des AbzG darin besteht, den Käufer davor zu schützen, daß er - selbst bei Verzug - Ware und Geld zugleich verliert¹⁾. Der Gesetzgeber hat bei Abfassung des AbzG bewußt darauf verzichtet, den Käufer auch dann zu schützen, wenn er eine mangelbehaftete Sache erhält²⁾, weil es ihn in diesen Fällen für weniger schutzwürdig ansah. Die Ausdehnung des AbzG auch auf Sachmängel im Wege einer Auslegung dieses Sondergesetzes ist daher nicht statthaft³⁾.

Das AbzG kann auch nicht analog auf Sachmängel angewendet werden. Zwar ist auch ein Sondergesetz der Analogie fähig⁴⁾, jedoch ist erforderlich, daß hierfür eine echte Gesetzeslücke besteht⁵⁾. Ob indessen hier eine Lücke vorliegt, ist sehr zweifelhaft. Denn wie M. v. Bieberstein selbst sagt⁶⁾, hat der Gesetzgeber auf eine Regelung der Sachmängeleinwendungen bewußt verzichtet. Ist aber zur Beurteilung der Frage, ob eine Regelung unvollständig ist, die Intention des Gesetzgebers maßgebend, so liegt hier ein "beredtes Schweigen"⁷⁾ des Gesetzgebers vor, das nur im Sinne einer erschöpfenden Regelung verstanden werden kann. Es handelt sich daher nicht um eine Lücke, sondern um einen Fehler des Gesetzes, der dieses Gesetz "verbesserungsbedürftig"⁸⁾ macht.

Es könnte jedoch der Fall einer "nachträglichen Lücke" vorliegen, d. h., "daß infolge der wirtschaftlichen oder technischen Entwicklung Fragen neu auftauchen, die der Gesetzgeber noch nicht hat sehen können".⁹⁾

1) Krauss, S. 77

2) Samter, S. 103; zitiert nach M. v. Bieberstein, S. 147, Fußn. 575

3) Krauss, S. 50

4) M. v. Bieberstein, S. 145

5) Larenz, Methodenlehre, S. 279 ff

6) S. 147

7) Larenz, Methodenlehre, S. 279

8) Larenz, Methodenlehre, aaO. (S. 282); vgl. auch Frotz JZ 63, 536

9) Larenz, Methodenlehre, aaO. (S. 286). Hierauf basiert anscheinend die Argumentation von M. v. Bieberstein (vgl. S. 144), unter Hinweis auf die damals im Handel gebräuchlichen Formulare (vgl. auch die Fußn. 562).

Hiergegen ist zu sagen, daß der Gesetzgeber nur die schwerwiegendsten Fälle, nämlich den gleichzeitigen Verlust von Ware und Geld regeln wollte, nicht dagegen die, in denen der Käufer im Besitz der Ware bleibt. Es ist daher heute unbestritten, daß die Anerkennung von Einwendungen des Käufers wegen Gewährleistungsansprüchen gegenüber dem Zahlungsanspruch des Finanzierungsinstituts mit dem AbzG nichts zu tun hat¹⁾.

4. Einen weiteren Lösungsversuch zur Bewältigung dieses rechtsdogmatischen Problems hat Stock²⁾ unternommen. Er sieht den Kreditgeber als Garanten für den vom Käufer mit dem Abschluß des Abzahlungsgeschäftes verfolgten Zweck an. Werde dieser Zweck beeinträchtigt, so sei es gerechtfertigt, wenn die Bank sich dies vom Käufer entgegenhalten lassen müsse. Dieses Ergebnis sei letztlich aus der Eigenart des Finanzierungsvertrages begründet³⁾.

Gegen diese Konstruktion spricht jedoch schon die tatsächliche Stellung der Bank; denn diese würde - nach der Ansicht von Stock - durch ihre Beteiligung am Abzahlungsgeschäft nicht nur die Pflichten eines Kreditgebers, sondern darüber hinaus auch noch Eigenschaften des Verkäufers übernehmen. Diese Annahme ist durch die Sachlage nicht gerechtfertigt. Die Pflichten der Bank begrenzen sich auf die Haupt- und Nebenpflichten, die sich aus der geschäftlichen Kontaktaufnahme und aus dem Darlehnsvertrag ergeben. Darüber hinaus kann aus der Mitwirkung des Finanzierungsinstituts am Abzahlungsgeschäft nicht gefolgert werden, daß es dem Käufer auch die Lie-

1) BGHZ 22, 90 ff; OLG Karlsruhe MDR 1958, 97; Donau NJW 1955, 1666; Giffhorn II MDR 1954, 258; Mühlhäuser MDR 1955, 265; Möllers NJW 1963, 470; Meyer-Ladewig BB 1963, 171; Rudolph, S. 129 ff; Lehmann, S. 8; Frotz JZ 1963, 536; Mormann WM 1965, 834; Pagendarm MW 1967, 437; Weitnauer JZ 1968, 202; a. A.: nur M. v. Bieberstein, aaO., gegen ihn ausdrücklich Scholz TW 1960, 57; Capeller BB 1960, 375.

2) S. 87 ff

3) S. 98

ferung einer mangelfreien Sache garantieren wolle¹⁾.

5. Einen anderen Weg hat Mück²⁾ eingeschlagen. Er sieht den zwischen Verkäufer und Kreditinstitut bestehenden Rahmenvertrag als einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte an. Schuldner sei hiernach das Finanzierungsinstitut, Dritter sei der Käufer. Dieses Rechtsinstitut sei nicht nur bei Schäden heranzuziehen, die auf Grund einer Sorgfaltspflichtverletzung des Schuldners bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten eingetreten seien, sondern nach seinem Sinn und Zweck auf alle Nachteile, die der begünstigte Dritte infolge Verletzung der ihm geschuldeten Schutzpflicht erleide³⁾. Danach treffe das Finanzierungsinstitut nach Treu und Glauben die Pflicht, alles zu unterlassen, was den Käufer schlechter stellen würde als bei einem normalen Abzahlungskauf. Diese Schutzpflicht verletze das Finanzierungsinstitut aber, wenn es die Nachteile nicht tragen wolle, die dem Käufer aus der Undurchsetzbarkeit seiner Ansprüche gegenüber dem Verkäufer entstünden⁴⁾.

Gegen die Theorie von Mück ist einzuwenden, daß sie das Erfordernis eines vorwerfbaren Handelns i. S. des § 276 BGB aufhebt. Die Theorie wäre in jenen Fällen praktikabel, in denen das Finanzierungsinstitut eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen hat. Aber gerade hierfür reichen die von der Rechtslehre und von der Rechtsprechung entwickelten Institute der "culpa in contrahendo" und der sog. "Positiven Vertragsverletzung" aus, so daß die Einführung eines neuen Rechtsbegriffes entbehrlich ist.

Der Theorie von Mück könnte man jedoch entnehmen, daß schlechthin

1) Ein solcher Umstand könnte sich eventuell aus einem Rechtsschein ergeben. Aber hierfür müßten im Einzelfall Tatsachen vorliegen, die eine Bindung an einen solchen zurechenbar veranlaßten Rechtsschein rechtfertigen. Aus der bloßen Stellung der Bank als Kreditgeberin und ihrer Beteiligung am Abzahlungsgeschäft kann ein solcher Rechtsschein nicht hergeleitet werden.

2) S. 45 ff.

3) S. 60

4) S. 61

die Mitwirkung des Finanzierungsinstituts an einem Abzahlungsgeschäft sich bereits als ein Sorgfaltsverstoß gegenüber dem Käufer darstellt¹⁾. Ein Verbot gegenüber einem Kreditinstitut, sich an einem B-Geschäft zu beteiligen, existiert in der deutschen Rechtsordnung jedoch nicht; daraus folgt, daß die Beteiligung eines Finanzierungsinstituts und die damit zwangsläufig verbundene Komplizierung eines normalen Geschäftes grundsätzlich - auch gegenüber dem Käufer - nicht mißbilligenswert ist. Die Beteiligung kann u. U. zur Entstehung besonderer Pflichten des Finanzierungsinstituts führen, wie sie die Rechtsprechung gegenüber dem Käufer für gegeben ansieht. Aber erst deren Verletzung zeitigen rechtliche Folgen. Mück erkennt, daß die Beteiligung an einem von der Rechtsordnung gebilligten Vorgang nicht vorwerfbar ist, auch wenn dadurch der Vorgang in seinen rechtlichen Konsequenzen für einen der Beteiligten schwer durchschaubar werden kann. Die Mitwirkung des Finanzierungsinstituts an einem Abzahlungsgeschäft kann daher nicht als eine Verletzung der Schutzpflicht gegenüber dem Käufer aufgefaßt werden²⁾.

1) Vgl. S. 60: Das Finanzierungsinstitut hat "alles zu unterlassen, was die Käufer beim B-Geschäft schlechter als beim gewöhnlichen Abzahlungskauf stellen würde".

2) Auch in der "unwiderruflichen Anweisung" des Käufers an die Bank, die Valuta dem Verkäufer auszuzahlen, liegt kein Vertrag zu Gunsten Dritter, (ebenso Esser, Festschrift, S. 105) da dem Käufer und der Bank ein entsprechender Rechtsbindungswille fehlt.

VI. Eigener Lösungsvorschlag

Es liegt im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH nahe, das Verhältnis von Verkäufer und Finanzierungsinstitut gegenüber dem Käufer zu untersuchen. Nach Ansicht des BGH¹⁾ erscheinen Verkäufer und Finanzierungsinstitut dem Käufer gegenüber als eine wirtschaftliche Einheit; denn die früher übliche Teilzahlungsabrede des Käufers mit dem Verkäufer sei heute durch einen selbständigen Finanzierungsvertrag mit einem Kreditinstitut ersetzt. Das Kreditinstitut übernehme einen Teil der Funktionen des Abzahlungsverkäufers. Das Finanzierungsinstitut und der Verkäufer seien enger miteinander verbunden als jeder von ihnen mit dem Käufer, der in der Regel nur ein Einzelgeschäft durchführe.

Folgt man dem BGH in seiner Analyse der wirtschaftlichen Vorgänge beim B-Geschäft, so könnte es gerechtfertigt erscheinen, den Verkäufer und die Bank als Gesellschafter einer sog. BGB-Gesellschaft (§ 705 BGB) zu betrachten.

Voraussetzung einer BGB-Gesellschaft ist ein Gesellschaftsvertrag. Dieser könnte in dem Rahmenvertrag zwischen der Bank und dem Verkäufer gesehen werden, in dem die Bank ihre Bereitschaft erklärt, Kunden des Verkäufers Kredite zu gewähren²⁾. Zweifelhaft ist aber, ob eine gemeinsame Zweckverfolgung vorliegt³⁾.

Die Hingabe des Darlehns durch das Finanzierungsinstitut geschieht, um das Geld in Form von sog. Kreditgebühren arbeiten zu lassen. Der Verkäufer beteiligt sich hingegen an dem Teilzahlungsgeschäft, um auf diese Weise einen größeren Umsatz zu erzielen, den er auf Grund seiner Kapitalschwäche sonst nicht erreichen würde.

1) BGH NJW 1967, 1029

2) Zur Rechtsnatur dieses Rahmenvertrages vgl. Möllers, TF, S. 14; Krauss, S. 15 ff.

3) Fehlt eine solche Zweckgemeinschaft, so liegt keine BGB-Gesellschaft vor, h. M. Soergel-Siebert § 705, Vorbem. 7; Staud.-Keßler § 705, Vorbem. 26 ff. (35 b) und Anm. 38

Daraus ergibt sich bereits, daß die Bank und der Verkäufer zwar - jeder für sich - einen bestimmten Zweck verfolgen, es sich jedoch bei ihrer Tätigkeit um keine gemeinsame Zweckverfolgung handelt¹⁾. Aus der Tatsache, daß das Finanzierungsinstitut und der Verkäufer zusammenarbeiten, läßt sich daher nicht ohne weiteres folgern, daß beide Parteien den gleichen Zweck i. S. des § 705 BGB verfolgen.

Der zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut i. d. R. bestehende Rahmenvertrag kann auch nicht als ein sog. partiarischer Vertrag gedeutet werden. Der Unterschied des partiarischen Vertrags zum Gesellschaftsvertrag besteht darin, daß nicht durch gemeinsame Tätigkeit, sondern durch die Tätigkeit nur eines Teils ein möglichst hoher Ertrag oder Gewinn erzielt werden soll²⁾.

Für ein B-Geschäft ist es jedoch kennzeichnend, daß sowohl das Finanzierungsinstitut als auch der Verkäufer unter eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung arbeiten. Weder schuldet die Bank dem Verkäufer noch der Verkäufer der Bank eine Abrechnung über die gewonnenen Ergebnisse oder irgendwelche Informationen. Die Tätigkeit von Bank und Verkäufer besteht gleichberechtigt nebeneinander und wird nicht jeweils zugunsten des anderen Teils eingeschränkt.

Das zwischen Verkäufer und Finanzierungsinstitut bestehende Rechtsverhältnis könnte jedoch als eine Interessengemeinschaft angesehen werden³⁾.

1) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des RG vom 25. 1. 1930 (in Seuff. A. 84, Nr. 61). Dort nahm das RG eine BGB-Gesellschaft nur deshalb an, weil sich die Bank gegenüber dem Verkäufer verpflichtet hatte, über die Kreditgewährung hinaus eine Reihe von Handlungen vorzunehmen, die der Erreichung des Vertragszweckes dienten. Vgl. auch das Urteil des LG Freiburg (JR 1958, 180); dort lag der Fall insofern anders, als der Kreditgeber sich als Mitkäufer in den Kaufvertrag hatte einsetzen lassen.

2) Larenz II § 56 I a; Staudinger-Keßler 73 vor § 705

3) Zur Interessengemeinschaft vgl. die Schriften von Wurdinger, de Boor, Heck, Wüst und die Ausführungen bei Staudinger § 242 C 259 ff.

Das Rechtsinstitut der Interessengemeinschaft ist bis heute lebhaft umstritten. Dies hat seinen Grund insbesondere darin, daß der Gesetzgeber zwar die Gemeinschaft in den §§ 741 ff BGB geregelt hat, es jedoch fraglich ist, ob außerhalb dieser Vorschriften eine ähnlich oder anders geartete Personen- oder Zweckverbindung anzuerkennen ist und bejahendenfalls, ob und welcher Natur die daraus resultierenden Rechte und Pflichten der Beteiligten sind.

VI. 1. Historischer Überblick

Ihering¹⁾ hat als erster versucht, die Interessengemeinschaft rechtlich einzuordnen. Er ging dabei von der Beobachtung aus, daß bestimmte Handlungen, die einer bestimmten Person gegenüber vorgenommen werden, sich auch auf dritte Personen auswirken. Als Beispiele werden von ihm u. a. genannt²⁾: "Ein von dem einen Theil in einer untheilbar gemeinschaftlichen Sache durchgeführter Proceß nützt auch dem anderen." "So kann auch im Kriminalproceß die Freisprechung des einen Theils die Erhebung der Anklage gegen den anderen Theil ausschließen." Diese Erscheinung bezeichnete Ihering als Reflexwirkung³⁾. Ausgehend von diesem Bezugspunkt verstand Ihering unter der Reflexwirkung sowohl die Fälle des Interessengegensatzes wie der Interessengleichheit. Er theilte die Gemeinschaftsverhältnisse in Gemeinschaften des Rechts und in Gemeinschaften des Interesses auf. Die tatsächlichen Reflexwirkungen sind jedoch seiner Ansicht nach rechtlich bedeutungslos, lediglich im Falle eines Anspruchs auf Ersatz von Aufwendungen haben sie sich zu einem rechtlich relevanten Erscheinungsbild verdichtet⁴⁾.

Iherings Theorie von der Interessengemeinschaft wurde von der damaligen Rechtslehre abgelehnt, weil sie zu "vieldeutig und gefährlich"⁵⁾ sei.

Die von Ihering zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen gemachte Theo-

1) Iherings Jahrb., Bd. X, S. 245 ff.

2) S. 264

3) S. 248

4) S. 331 ff

5) So Windscheid, Pandekten § 449, Anm. 11 a mit weiteren Nachw.

rie von der Reflexwirkung war in der Tat zu unbestimmt und zog einen zu großen Rahmen um eine unerschöpfliche Fülle von Erscheinungen. Aus diesem Grunde konnte sie sich als Abgrenzungs- und Unterscheidungsmerkmal keine Geltung verschaffen¹⁾.

Heck hat denn auch erkannt, daß die Reflexwirkungen - für sich allein betrachtet - kein brauchbares Kriterium bieten, sondern entscheidend sei, ob sich die Handlungen auf die Interessen Dritter in gleicher oder entgegengesetzter Richtung auswirken. Es sei daher nicht auf die Reflexwirkung, sondern auf die Interessenverbindung abzustellen. Die Interessenverbindung ist bei Heck ein Oberbegriff. Unter ihm faßt er die Fälle der Interessengleichheit und des Interessenkonflikts zusammen. Nur wo eine Interessengleichheit bestehe, sei es gerechtfertigt, von einer Interessengemeinschaft zu sprechen²⁾.

Heck zog jedoch hieraus keine rechtlichen Folgerungen, da "die Interessenverbindung nicht ein allgemein wirksamer juristischer Thatbestand noch die Zwangsgemeinschaft als einheitliches Rechtsinstitut aufzufassen ist. Beide Ausdrücke bezeichnen nur das gemeinsame Moment, den Typus einer Reihe sonst untereinander verschiedener und daher selbständig gestalteter That-

1) Vgl. auch Würdinger, S. 9. Zuletzt hat M. v. Bieberstein in seinem Werk "Reflexschäden und Regreßrechte" 1967, den Versuch unternommen, im Rahmen der Reflexwirkungen die Reflexschäden zu erfassen und einer rechtlichen Wertung zu unterziehen. M. v. Bieberstein beschränkt seine Untersuchung auf die Reflexschäden, die als Folge einer unerlaubten Handlung im Vermögen eines Dritten entstehen. (S. 32) Hierbei werden weiter alle entfernten Auswirkungen einer unerlaubten Handlung auf dritte Personen nicht berücksichtigt. M. v. Bieberstein unterscheidet sodann zwischen dem eigenen Schaden des Dritten und den durch das Delikt ausgelösten Leistungspflichten gegenüber dem Verletzten. Die Ergebnisse, zu denen M. v. Bieberstein (S. 277 - 279; S. 296 - 298) gelangt, können hier jedoch keine Berücksichtigung finden, da bei einem B-Geschäft der Verkäufer in den Fällen der Nichtlieferung oder Schlechterfüllung keine unerlaubte Handlung begeht, die bei der Bank zu einem Reflexschaden führt.

2) S. 566 (Heck, Das Recht der großen Havarei, 1889)

bestände und Rechtsverhältnisse. Die systematische Bedeutung dieser Begriffe ist daher gering".¹⁾

Mit dem Inkrafttreten des BGB und der Einführung des deutsch-rechtlichen Gesamthandsprinzips²⁾ fand der Gedanke der Zweckgemeinschaft in den Rechtsinstituten wie z. B. der Gesellschaft des BGB, der Güter- und Erbgemeinschaft seinen gesetzlichen Ausdruck. Zwar liegt auch hier eine Interessengleichrichtung vor, doch unterscheidet sich die Gesamthands-gemeinschaft von der Bruchteilsgemeinschaft dadurch, daß sie auf einer gemeinsamen Zweckverfolgung beruht, oder mit anderen Worten, durch die größere Intensität der Interessenverbindung³⁾.

Die Idee der Interessengemeinschaft fand besonders in der Zeit vor 1933 - also im frühen Stadium der Konzernbildung - im Wirtschaftsleben großen Anklang⁴⁾. Dies lag daran, daß die damalige Wirtschaftspraxis - und zwar besonders diejenige auf dem Gebiete der Unternehmenszusammenfassung - über die gesetzlichen Typenbildung weit hinausgegangen war und neuartige Typen aufstellte, bei denen zwar hilfsweise das Recht der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft und andere Verträge (Werkvertrag, Pachtvertrag) herangezogen wurde, die aber, nach Ansicht von Haussmann⁵⁾, als Ganzes genommen, nur als Rechtsgebilde besonderer Art gewürdigt werden können. Zu den neuen Typen zählte man außer der Interessengemeinschaft die Konsortien und die Kartelle. Hierbei faßte man jedoch in erster Linie nur diejenigen Gebilde als Interessengemeinschaft auf, die

1) S. 585, 586

2) Unter dem Einfluß des späteren römischen Rechts und des gemeinen Rechts wurden die Fälle der Interessengleichheit bis dahin unter den Begriffen der "societas" (Vermögensgemeinschaft, basierend auf einem Kontraktverhältnis) und der "communio incidens" (Gemeinschaft, die nicht auf einem Kontraktverhältnis beruht, sondern unabhängig vom Willen der Beteiligten eintritt) zusammengefaßt.

3) Vgl. Würdinger, S. 15

4) Fikentscher, S. 10

5) Haussmann, Praxis, S. 9

durch eine Gewinnngemeinschaft charakterisiert waren¹⁾. Als weiteres Merkmal für die Interessengemeinschaft wurde z. T. das Bestehen einer Verwaltungsgemeinschaft²⁾ gefordert. Uneinigkeit herrschte bezüglich der Rechtsform der Interessengemeinschaft. Während einige Autoren³⁾ der Ansicht waren, daß die Interessengemeinschaft stets in der Form einer Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts auftrete, ließen andere Autoren die Rechtsform der Interessengemeinschaft offen⁴⁾.

Es ist in der Tat kein Grund ersichtlich, warum jede Interessengemeinschaft ipso iure eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sein soll, denn die Frage hängt ausschließlich von der Intensität der Interessenverbindung ab⁵⁾.

-
- 1) Düringer-Hachenburg-Geiler, Rd Nr. 441. Über den Grad der Verge-
meinschaftung des Gewinns herrschte allerdings Uneinigkeit. Während
Haussmann (Grundlegung, S. 119) auch eine teilweise Gewinnverge-
meinschaftung als Voraussetzung für eine Interessengemeinschaft genü-
gen läßt, erkennen Mohr (S. 34/35) und Langen (S. 20) eine Interes-
sengemeinschaft nur dann als eine solche an, wenn eine völlige Ver-
gemeinschaftung der Einzelgewinne in einem Gemeinschaftsgewinn nebst
dessen späterer Verteilung unter die Mitglieder beabsichtigt ist. Später
hat Haussmann (Die Praxis, S. 132) nicht mehr so sehr die Gewinn-
poolung als entscheidendes Kriterium angesehen, sondern in erster Li-
nie auf die vertragsmäßige Bindung zum Zwecke der Gleichrichtung
der Verwaltungsinteressen abgestellt. Die Gemeinschaftspoolung sei nur
eine Sicherung für die Verwaltungsgleichrichtung.
 - 2) Haussmann, Grundlegung, S. 119. A. A.: Düringer-Hachenburg-Geiler,
Rd.Nr. 450
 - 3) Friedländer, H. (Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzern-
bildung, 1921), S. 18; Düringer-Hachenburg-Geiler, Rd.Nr. 441; vgl.
aber auch Geiler (aaO., Rd.Nr. 454), der der Interessengemeinschaft
die Rechtsform einer GmbH gibt. Hier handelt es sich aber bereits um
eine kapitalgesellschaftlich strukturierte Organisation besonderer Art,
für die Geiler den Begriff "neutrale Interessengemeinschaft" einführt.
 - 4) Langen, S. 20; Schlegelberger-Hildebrandt, § 6 A 1, der allerdings
nur die Alternative zwischen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts
und einem Verein gibt.
 - 5) Würdinger, S. 12 ff

Erst wenn diese Intensität der Interessenverbindung so groß ist, daß von einer gemeinsamen Zweckverfolgung gesprochen werden kann, liegt auch eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts vor¹⁾.

Die Zusammenarbeit von Verkäufer und Finanzierungsinstitut kann jedoch nicht unter den Begriff der Interessengemeinschaft - so, wie er im oben erläuterten Konzernrecht verstanden wird - subsumiert werden, da es beim B-Geschäft sowohl an einer Vergemeinschaftung des Gewinns als auch an einer Verwaltungsgemeinschaft zwischen Verkäufer und Bank fehlt. Somit besteht mangels gemeinsamer Zweckverfolgung zwischen Verkäufer und Bank nur eine "schlichte Interessengemeinschaft".

Würdinger hat in dem im Jahre 1934 erschienenen 1. Beiheft der ZHR die wesentlichen Grundsätze der Interessengemeinschaft klar herausgearbeitet²⁾. Er unterscheidet hierbei zwei Grundtatbestände: nämlich die Zweckgemeinschaften, die auf einheitlicher Zweckverfolgung beruhen, einerseits, und die schlichten Interessengemeinschaften, die nicht auf einheitlicher Zweckverfolgung beruhen, andererseits.

Würdinger führt aus, daß bei der schlichten Interessengemeinschaft das Moment des einheitlichen Zielstrebens³⁾ fehle, sie sei durch die Gleichrichtung bestimmter Interessen einzelner Beteiligter gekennzeichnet. Als Hauptart erscheine die im BGB geregelte Bruchteilsgemeinschaft, da sie den häufigsten Fall regelt, nämlich daß ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht. Würdinger stellt sodann die Merkmale der schlichten

1) Auch Larenz II § 56 I a (S. 284, Fußn. 1) lehnt die Auffassung ab, daß eine Interessengemeinschaft stets eine Gesellschaft i. S. d. BGB sein müsse. Dies zeige sich z. B. dann besonders deutlich, wenn Firmen nicht mehr gleichberechtigt nebeneinander arbeiteten, sondern vereinbart wird, daß "das eine Unternehmen ausschließlich nach den Weisungen und für Rechnung des anderen arbeiten und dafür lediglich eine feste oder auch nach dem Gewinn des 'herrschenden' Unternehmen bemessene Vergütung erhalten soll".

2) Würdinger, S. 12 ff (17)

3) Würdinger, aaO. (S. 21)

Gemeinschaft heraus. Diese sind: Die Erhaltung des Wertes, der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Beteiligten und das Postulat, daß sich die Minderheit einer Maßnahme zu fügen habe, die der Mehrheit von Nutzen ist¹⁾.

Das für diese Arbeit interessierende Merkmal ist der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Beteiligten²⁾. Er ergibt sich aus den §§ 743 I, 748, 757 BGB. Maßstab hierfür ist die Größe des Anteils jedes Einzelnen. Die genannten Vorschriften machen deutlich, daß es sich bei der schlichten Gemeinschaft um eine sog. Schicksalsgemeinschaft handelt, die nur solange Bestand haben kann, als die Interessen der Beteiligten in der gleichen Richtung verlaufen.

Die Rechtsprechung griff auf die Theorie von der Interessengemeinschaft zurück³⁾, als sie sich dem Problem der Kollision von Forderungsrechten gegenüber sah; dieses Problem glaubte das Reichsgericht dadurch gerecht lösen zu können, indem es den Grundsatz der Verteilung aufstellte⁴⁾. Der Entscheidung des RG⁵⁾ lag der Fall zu Grunde, daß der Verkäufer sich verpflichtet hatte, innerhalb der nächsten 2 Jahre einen der Gattung nach bestimmten Zuckerrübensamen zu liefern. Im letzten Jahr konnte der Verkäufer infolge außerordentlicher Trockenheit die kaufrechtlichen Ansprüche seiner Abnehmer nicht befriedigen. Damit einige Abnehmer nicht leer ausgingen, kürzte der Verkäufer die Ansprüche eines jeden Abnehmers anteilsmäßig. Das RG gab dem Verkäufer Recht und begründete dies damit, daß sich zwischen den mehreren Käufern eine Interessengemeinschaft ergab,

1) Würdinger, S. 31

2) Würdinger, S. 31

3) RGZ 84, 125 ff

4) Vgl. auch RGZ 91, 333; und RGZ 94, 17, wo eine Verteilung abgelehnt wird. Vgl. ferner die Übersicht über die Rechtsprechung bei de Boor, S. 136, Anm. 177 und bei Wüst, S. 31, Fn. 5. Aus diesen Entscheidungen geht hervor, daß auch das RG den Begriff der Interessengemeinschaft nicht im konzernrechtlichen Sinne interpretiert hat; denn in den von dem RG zu entscheidenden Fällen bildeten die Käufer keine Interessengemeinschaft mit dem Ziel, den Gewinn zu vergemeinschaften.

5) RGZ 84, 125 ff

"deren Folge sich zeigen mußte, wenn die Ernte zwar genügte, einen einzelnen oder mehrere zu befriedigen, nicht aber hinreichte zur Befriedigung aller".

Hätte der Verkäufer anders gehandelt, d. h. einem Käufer mehr als seinen Anteil gegeben, so hätte er sich - nach Ansicht des RG¹⁾ - den Ansprüchen derjenigen ausgesetzt, die von ihm eine gleichmäßige Verteilung verlangen konnten.

Das RG bejahte eine Verteilung jedoch nur unter den Voraussetzungen, daß eine beschränkte Gattungsschuld und ein entgeltlicher Lieferungsvertrag vorlagen, ferner durfte der Schuldner nicht mehr Abschlüsse getätigt haben, als er als ordentlicher und vorsichtiger Kaufmann verantworten konnte²⁾, außerdem mußte es sich um Abschlüsse im größeren Geschäftsverkehr handeln.

Die rechtsdogmatische Konstruktion des RG stieß insbesondere bei de Boor auf scharfe Ablehnung. Die Frage, ob zwischen den Gläubigern eine Interessengemeinschaft besteht, wurde von de Boor verneint. Er hat es für verfehlt gehalten, den Verteilungsgrundsatz aus der Interessengemeinschaft herzuleiten. Seiner Meinung³⁾ nach sind die Interessen der Gläubiger von vornherein so gegensätzlich wie nur möglich, so daß von einer Interessengemeinschaft nicht gesprochen werden könne. Eine Interessengemeinschaft habe in unserem Recht⁴⁾ keinen Raum, weil sie - konsequent durchgeführt - den Rahmen des relativen Rechts sprengen würde. De Boor lehnt das Ergebnis des Urteils des RG jedoch nicht ab, sondern leitet das Recht der anteilmäßigen Verteilung über § 242 her, der sich im Einzelfall so gut gegen den Gläubiger wie gegen den Schuldner wenden könne. Der Schuldner habe gegenüber jedem Gläubiger das Recht und die Pflicht, "sich als ordentlicher Geschäftsmann zu benehmen"⁵⁾. Ob aber der

1) RGZ, aaO. (S. 128/129)

2) Vgl. de Boor, S. 137; ebenso Enn.-Lehmann § 1 V 3 und Staudinger-Weber § 242, Rd. Nr. C 265

3) S. 27

4) de Boor (aaO.) meint hier offensichtlich nur das Schuldrecht, wie sich aus dem Sach- und Sinnzusammenhang ergibt.

5) aaO.

Schuldner zu verteilen habe, lasse sich aus keinem Paragraphen herauslesen, sondern nur aus Treu und Glauben und der Verkehrssitte folgen.

Eine Verkehrssitte lasse sich - nach Ansicht der Boors¹⁾ - nur für den Großverkehr feststellen, an dieser Begrenzung sollte festgehalten werden.

De Boor verkennt, daß der Verteilungsgrundsatz seinen Ursprung letztlich nicht in der Verkehrssitte hat. Zwar besteht ein solcher Handelsbrauch, aber dieser Brauch verdankt seine Entstehung der Erkenntnis, daß in Fällen, in denen wegen Teiluntergangs der beschränkten Gattung die Restmenge verteilt wird, der Verteilungsgrundsatz den Interessen der Gläubiger besser dient als der Grundsatz *prior tempore potius iure*. Nur auf Grund dieser Tatsache hat sich ein entsprechender Handelsbrauch entwickelt, der anderenfalls mit Sicherheit an dem Widerstand der jeweils betroffenen Gläubiger gescheitert wäre²⁾. Zutreffend führt Hueck³⁾ aus, daß das gemeinsame Anliegen aller Gläubiger, den beschränkt verfügbaren Vorrat anteilsmäßig zu verteilen, um den Ausfall eines Teils der Gläubiger zu vermeiden, das einigende Band sei, daß sie zu einer Interessengemeinschaft verbinde.

Ernst Wolf lehnt nicht nur das Bestehen einer Interessengemeinschaft ab, sondern verwirft auch den Gedanken, daß sich die Pflicht zur anteilsmäßigen Verringerung aus § 242 ergebe⁴⁾.

Hiergegen ist zu sagen, daß der Schuldner - auch bei getrennter Beurteilung der einzelnen Schuldverhältnisse - gegenüber dem Gläubiger verpflichtet ist, diesen in dem Maß zu befriedigen, wie ihm das unter Berücksich-

1) S. 142

2) Ebenso Hueck, S. 140 f

3) S. 142

4) JuS 1962, 104

tigung des Interesses der übrigen noch möglich und zumutbar ist¹⁾. Der Schuldner kann weder berechtigt noch verpflichtet sein, einen (oder einige) Gläubiger voll zu befriedigen und die übrigen leer ausgehen zu lassen. Dem Schuldner kann auch nicht zugemutet werden, "sich die Erfüllung dieser allen anderen gegenüber bestehenden Pflicht dadurch unmöglich zu machen, daß er einen Gläubiger (oder einige) voll befriedigt"²⁾.

Der Grundsatz der anteilmäßigen Kürzung, um alle Gläubiger wenigstens z. T. zu befriedigen, gilt heute nicht nur im Großhandel, sondern für alle Bedarfsgüter³⁾. Andernfalls würde - wie Esser in der 2. Auflage seines Werkes⁴⁾ zutreffend feststellt - weder die Befreiung von der Gegenleistung noch die Zubilligung eines Schadensersatzanspruchs⁵⁾ dem Abnehmerinteresse des leer ausgehenden Gläubigers Genüge tun.

- 1) Ebenso Larenz I § 12 (S. 133), Fn. 2. Ob Larenz den Grundsatz der Verteilung damit aus dem Bestehen einer Interessengemeinschaft folgert, ist zweifelhaft. Eher scheint er der Auffassung zuzuneigen, die eine Verteilung aus § 242 herleitet. Es ist jedoch zu bedenken, daß eine Verteilung letztlich nur deswegen erfolgt, weil sie im Interesse aller Gläubiger liegt. Zwar würden bei Durchführung des Präventionsprinzips einige Gläubiger befriedigt, jedoch diese gleichzeitig das Risiko tragen, in einem anderen Fall mit ihrer Forderung ganz auszufallen. Das Verteilungsprinzip setzt daher ein gleichgerichtetes Interesse aller Gläubiger voraus, das darin besteht, das Risiko eines gänzlichen Ausfalls durch eine wenigstens teilweise Befriedigung auszuschalten.
- 2) Larenz I, aaO., S. 133, Fn. 2; ebenso Esser II § 97 III (S. 311, Fußn. 11)
- 3) Esser, 2. Auflage 1960, § 181, 4
- 4) aaO.
- 5) Wolf (JuS 1962, 104) ist der Meinung, daß Schadensersatzansprüche nicht bestehen, da der Schuldner mit der vollen Befriedigung einzelner Gläubiger nur von einer ihm zustehenden Entscheidungsfreiheit Gebrauch mache und daher kein Vertretenmüssen i. S. d. § 276 I 1 vorliege. Diese Ansicht ist vom Standpunkt Wolfs aus konsequent, da er eine Verteilungspflicht des Schuldners ablehnt. Sie offenbart aber gleichzeitig die Unbilligkeit dieser Regelung gegenüber den hintangesetzten Gläubigern.

Vor der Prüfung der Frage, ob zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut eine Interessengemeinschaft besteht, erscheint es erforderlich, die schlichte Interessengemeinschaft von verwandten Rechtsgebilden abzugrenzen. Mit der Interessengemeinschaft verwandt sind die Risiko-, Haftungs- oder Gefahrengemeinschaft¹⁾.

Esser hat in der 2. Auflage seines Werkes²⁾ das Bestehen einer nach § 242 BGB anzunehmenden Risikogemeinschaft mehrerer Beteiligter auf der gleichen Seite bejaht, so z. B. bei der "Aufspaltung einer Verkäuferfirma"³⁾ in eine Lieferanten- und eine Finanzierungsfirma. Hier müsse sich die Finanzierungsfirma infolge ihrer wirtschaftlichen Solidarität mit dem Verkäufer auch die Einwendungen des Schuldners gegen diesen entgegenhalten lassen. Die Annahme einer Risikogemeinschaft sei das einzig durchgreifende Mittel, der käuferfeindlichen Verselbständigung der angeblich ihm dienenden Finanzierungsinstitute eine Grenze zu setzen.

Vogelmann⁴⁾ lehnt eine Risikogemeinschaft zwischen der Bank und dem Verkäufer ab. Zwar würde seiner Ansicht⁵⁾ nach eine Risikogemeinschaft der Interessenlage eher gerecht als die durch die Verselbständigung des Finanzierungsgeschäfts bewirkte Abwälzung des Kaufrisikos seitens der Bank auf den Käufer. Aber eine solche Gestaltung sei in einem solchen Maße ungerecht und den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs widersprechend, daß sie von den Gerichten für rechtlich unzulässig erklärt werden könnte.

Zuletzt hat Klaas⁶⁾ versucht, die bei dem B-Geschäft auftretenden Probleme durch eine Risikoabwägung im Rahmen des § 242 BGB zu lösen. Im Gegensatz zur Auffassung von Esser⁷⁾ bilden nicht nur Verkäufer und Bank eine Risikogemeinschaft, sondern - nach Ansicht von Klaas - sei auch der Käufer in diese Risikogemeinschaft mit einzubeziehen. Der Konfliktfall

1) Vgl. Staudinger-Weber, § 242, Anm. C 231 ff

2) § 182, 2

3) Esser, § 182, 2

4) S. 66

5) Vogelmann, aaO.

6) NJW 68, 1502 ff (S. 1505)

7) Esser, 2. Auflage, § 182, 2

sei dann nach dem Teilungsprinzip zu lösen, d. h., daß die Bank auf Gebühren und Zinsen verzichten müsse und den Verlust mit dem Käufer zur Hälfte zu tragen habe.

Gegen die Auffassung von Esser und Klaas ist einzuwenden, daß von einer Risikogemeinschaft nur gesprochen werden kann, wenn der eine Teil neben dem anderen ein Risiko übernommen hat oder sich aus der Natur der Sache ergibt, daß beide Vertragsteile ein Risiko gemeinsam tragen wollen oder sollen¹⁾. Aus der Tatsache, daß die Bank mit dem Verkäufer zusammenarbeitet, läßt sich keinesfalls der Wille der Bank entnehmen, Schäden mitzutragen, die in dem Gefahren- und Rechtskreis des anderen Teils eingetreten sind²⁾.

Zu denken wäre weiter an eine zwischen dem Verkäufer und der Bank bestehende Haftungsgemeinschaft. An die Annahme einer Haftungsgemeinschaft wird man jedoch einen strengen Maßstab legen müssen und eine solche nur dann bejahen, wenn sie sich eindeutig aus dem Zweck und dem Sinn der Hauptrechte und Hauptverpflichtungen ergibt³⁾. Auch müssen die Gegenstände, für die eine Haftung übernommen wird, konkret feststellbar sein⁴⁾.

1) Vgl. Staudinger-Weber, § 242, Anm. E 369

2) Ebenso Mück, S. 41. An dem Vorschlag von Klaas ist ferner zu beanstanden, daß er - ohne differenzierende Begründung - auch den Käufer in die Risikogemeinschaft mit einbeziehen will. Dies ist sachlich nicht gerechtfertigt, da - wie auch die Rechtsprechung zeigt - nur durch die Aufspaltung von Funktionen auf der Verkäuferseite die formale Stellung des Käufers verschlechtert wird. Die Lösung des Problems kann daher auch nur in diesem Bereich gefunden werden. Führt man den Gedanken von Klaas konsequent zu Ende, so müßte auch bei einem normalen Abzahlungskauf - wo der Verkäufer selbst kreditiert - das von Klaas vorgeschlagene Teilungsprinzip eingreifen und der Käufer dann den Verlust zur Hälfte tragen. Ein Ergebnis, das mit der klaren Regelung des § 1 I₁ AbzG und den §§ 459 ff BGB nicht zu vereinbaren wäre.

3) Vgl. auch Staudinger-Weber, § 242, C 235

4) Staudinger-Weber, aaO.

Aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Finanzierungsinstitute ergibt sich jedoch bereits deren Wille, keinesfalls gegenüber dem Käufer für die Folgen einer Leistungsstörung des Verkäufers zu haften. Die Anerkennung einer Haftungsgemeinschaft müßte sich daher den berechtigten Vorwurf gefallen lassen, den unmißverständlich geäußerten Willen der Bank ignoriert zu haben.

Problematisch ist die Abgrenzung der Interessengemeinschaft von der Gefahrengemeinschaft. Die Vorstellung einer Gefahrengemeinschaft ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht fremd, sondern tritt in manchen gesetzlichen Vorschriften deutlich zu Tage, so z. B. in § 426 BGB (im Fall einer Ausgleichspflicht bei echter Gesamtschuld) und in §§ 128 ff HGB (solidarische Gesamthaftung)¹⁾.

Von einer Gefahrengemeinschaft läßt sich dann sprechen, wenn eine Gefahr, die dem einen Teil oder beiden Teilen droht, gemeinsam abzuwenden ist oder die Folgen einer Gefahr oder eine Reihe von Gefahren gemeinsam zu tragen sind.

Hier ist zunächst fraglich, was unter einer "Gefahr" zu verstehen ist. Als "Gefahr" im Sinne einer Gefahrengemeinschaft können die Fälle höherer Gewalt, wie z. B. Krieg und Naturkatastrophen aufgefaßt werden. Problematisch ist, ob auch Leistungsstörungen des Verkäufers unter diesen Gefahrenbereich subsumiert werden können. Dies wird man verneinen müssen, da das Rechtsinstitut der Gefahrengemeinschaft nur bestimmte Grenzsituationen rechtlich erfassen will und damit eine echte Ausnahme des Grundsatzes darstellt, daß jeder seinen Schaden selbst zu tragen hat. Die im Gegensatz hierzu "normale" Erscheinung einer Leistungsstörung, sei es in Form der Nichtlieferung oder der Lieferung einer mangelbehafteten Sache kann daher nicht als eine Gefahr aufgefaßt werden, um damit eine Gefahrengemein-

1) Vgl. ferner die ausführliche Zusammenstellung bei Staudinger-Weber, § 242, C 237/238

schaft zwischen dem Händler und dem Kreditgeber zu begründen¹⁾.

Nunmehr ist der Frage nachzugehen, ob das Bestehen einer Interessengemeinschaft zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut bejaht werden kann. Voraussetzung hierfür ist eine Gleichrichtung der Interessen²⁾.

VI. 2. Die Darstellung der gleichgerichteten Interessen des Verkäufers und der Bank

Beim B-Geschäft wäre der Verkäufer im allgemeinen nicht in der Lage, seinen Warenumsatz ohne fremde Kapitalmittel zu vergrößern. Um den Umsatz zu steigern, ist er darauf angewiesen, sich diese Kapitalmittel zu beschaffen und hierbei ein Maximum an wirtschaftlicher Unabhängigkeit zu bewahren. Durch die beim B-Geschäft bestehende rechtliche Kon-

1) Ebenso Staudinger-Weber (§ 242, S. 240), der jedoch auch in Fällen höherer Gewalt eine Pflicht zum gemeinsamen Tragen von Gefahren ablehnt, da alle Beteiligten in der gleichen Lage seien und unter ihnen daher das stille Einverständnis bestehe, daß ein jeder mit der für ihn ungünstigen Entwicklung allein fertig werden müsse. - Hiergegen ist jedoch zu bedenken, daß sich ein solches stilles Einverständnis i. d. R. schwer ermitteln läßt und der Fall denkbar ist, daß ein stilles Einverständnis auch gerade darüber herrschen kann, daß die Gefahr in einer solchen Grenzsituation von jedem Beteiligten gleichmäßig mitgetragen werden muß. Zum Problem der Gefahrengemeinschaft vgl. auch Larenz "Geschäftsgrundlage und Darlehnsvertrag" in Der Betrieb 1952, 116 ff, 138 ff (139/140); Klaas (NJW 1968, 1505) lehnt eine Gefahrengemeinschaft ebenfalls ab; er begründet dies jedoch nicht mit rechtsdogmatischen Erwägungen, sondern damit, daß der Käufer nicht aus einer "mitleidigen Patriarchenperspektive" (Klaas, aaO.) betrachtet werden dürfe und er als Konsument mit dem gleichen Risiko wie ein Barkäufer zu rechnen habe. Gegen diese Gleichstellung des Käufers bei einem B-Geschäft mit der eines Barkäufers, wie sie Klaas offenbar vornimmt, s. S. 86 f.

2) Eine bloße gleichgerichtete Interessenlage ist nicht ausreichend; vgl. hierzu Staud., § 242, C 259 ff (266)

struktion wird dieses Ziel weitgehend erreicht. Der Verkäufer verkauft die Sache und erhält innerhalb einer relativ kurzen Zeit den Restkaufpreis gutgeschrieben¹⁾. Insoweit genießt der Verkäufer die wirtschaftlichen Vorzüge des Barkaufs. Auf der anderen Seite hat er trotz der Zusammenarbeit mit dem Finanzierungsinstitut seine wirtschaftliche und rechtliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit bewahrt. Ein wirtschaftlicher Nachteil kann sich für den Verkäufer nur dann ergeben, wenn der Käufer die Zahlungen der Darlehnsraten einstellt. In diesen Fällen hat sich die Bank in dem mit dem Verkäufer abgeschlossenen Vertrag das Recht ausbedungen, den Verkäufer als Bürgen oder als Gesamtschuldner oder als Garanten²⁾ mit der noch ausstehenden Schuld zu belasten. Doch haben die Banken durchweg gute Erfahrungen mit der Zahlungsmoral der Schuldner gemacht³⁾, so daß der Fall einer grundlosen Zahlungseinstellung seitens des Käufers und dem damit verbundenen Regreß der Bank nicht allzu häufig ist. Der Verkäufer würde in diesem Fall auch, soweit er die noch offen stehende Schuld des Käufers gegenüber der Bank erfüllte, die Darlehnsforderung der Bank gegen den Käufer-Darlehnsnehmer entweder gemäß § 774 BGB oder auf Grund vertraglicher Vereinbarung erwerben, so daß die Forderung gegen den Käufer durchsetzbar bliebe. Das Interesse des Verkäufers geht also dahin, mit Hilfe fremden Kapitals seinen Umsatz zu steigern.

Der Bank ist nur entfernt daran gelegen, ob und welche Umsätze der Verkäufer erzielt. Das Finanzierungsinstitut ist bestrebt, das Geld gewinnbringend und unter Wahrung größtmöglicher Sicherheit arbeiten zu lassen. Auch dieses Ziel wird von der Bank beim B-Geschäft erreicht.

Der Käufer hat nämlich die nicht "unerheblichen Kreditgebühren (zu zahlen), um deren Betrag die Darlehnssumme den von dem Finanzierungsinsti-

1) Abzüglich 3 - 5 % der Summe, die auf ein Sperrkonto einbezahlt werden (vgl. S. 5, Fußn. 2)

2) Möllers, S. 15; Krauss, S. 21 ff (23)

3) Mück, S. 37 mit Nachweisen

tut ausgelegten Restkaufpreis übersteigt".^{1) 2)}

Die Sicherheit des auf diese Weise angelegten Geldes wird dadurch gewährleistet, daß sich die Bank die gekauften Gegenstände zur Sicherheit übereignen läßt³⁾ und ferner dadurch, daß sowohl der Käufer wie der Verkäufer der Bank mit ihrem gesamten Vermögen haften.

Die für das Bestehen einer schlichten Interessengemeinschaft erforderliche Gleichrichtung der Interessen⁴⁾ ergibt sich

- a) aus der wirtschaftlichen Verknüpfung von Kaufvertrag und Darlehnsvertrag und
- b) aus der Tatsache, daß zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut ein sog. "gravierender Kontakt" besteht.

1) Larenz II § 39 IV

2) Zweifelhaft ist, ob es sich bei den Kreditgebühren um Zinsen handelt. Das OLG Köln (NJW 1966, 2217) hat die Auffassung vertreten, daß die Kreditgebühren in Wirklichkeit Zinsen seien und dies damit begründet, daß die Kreditgebühren sehr hoch seien und eine sonstige Zinsvereinbarung fehle. Das OLG Hamm (unveröffentlichtes Urteil, auszugsweise wiedergegeben bei Scholten (NJW 1968, 386)), hatte in einem zeitlich vorhergehenden Urteil die Kreditgebühren nicht als Zinsen, sondern als eine anteilmäßige Beteiligung an den allgemeinen Bearbeitungs-, Geldbeschaffungs- und Verwaltungskosten der Bank gewertet. Zutreffend legt Scholten (NJW 1968, 386) dar, daß dem Finanzinstitut bei 100 DM Teilzahlungsgebühren ein Reingewinnanteil von unter 10 % daran verbleibe. Dies erkläre sich daraus, daß die Teilzahlungsbanken nicht wie die Geschäftsbanken mit billigen Einlagegeldern arbeiten können, sondern auf die Refinanzierung angewiesen seien. Der Anteil der Refinanzierungskosten mache fast 50 % der Teilzahlungsgebühren aus. Die Kreditgebühren könnten daher rechtlich nicht als Zinsen beurteilt werden. Das Problem ist auch für das Zinsseszinsverbot bedeutsam.

3) Der Käufer-Darlehnsnehmer ist bei bestimmten Gegenständen verpflichtet, diese versichern zu lassen (vgl. Krauss, Anhang III 2).

4) Wüst, S. 46 ff

An dieser Stelle soll zunächst geklärt werden, was unter einer wirtschaftlichen Verknüpfung von Kauf- und Darlehnsvertrag zu verstehen ist.

Der BGH¹⁾ hat in diesem Zusammenhang davon gesprochen, daß Kaufvertrag und Darlehnsvertrag sich zu einer "Einheit ergänzen". Der Begriff der Einheit sollte jedoch vermieden werden, da sowohl nach der Auffassung des BGH²⁾ als auch nach der hier vertretenen Meinung³⁾ ein einheitliches Geschäft i. S. d. § 139 BGB wegen des entgegenstehenden Willens des Finanzierungsinstituts nicht vorliegt; man sollte daher lediglich von einer wirtschaftlichen Verknüpfung sprechen.

Der BGH stellt bei der Frage der Anwendung des AbzG auf einen Kreditvertrag auf den inneren Zusammenhang von Kaufvertrag und Darlehnsvertrag ab. Erst wo ein solcher vorliege, verliere das Kreditgeschäft seinen Charakter als gewöhnliches Darlehnsgeschäft und werde zum Teilstück eines Abzahlungsgeschäftes. Der innere Zusammenhang von Kauf- und Darlehnsvertrag sei dann gegeben, wenn keiner der beiden Verträge ohne das Zustandekommen des anderen geschlossen worden wäre oder jeder Vertrag seinen Sinn erst im Zusammenhang mit dem anderen erhalte. Anhaltspunkt für einen solchen inneren Zusammenhang könne nach Ansicht des BGH die formularmäßige Ausgestaltung der Verträge sein; ebenso können aus der Berechnung der Zinsen und Kosten, oder dem verabredeten Zusammenwirken aller drei Beteiligten, oder dem eigenen Interesse des Kreditgebers und seine Mitwirkung am Kaufvertrag auf eine innere Bindung der Verträge aneinander geschlossen werden. Selbst wenn diese Merkmale fehlen, könne ein innerer Zusammenhang von Kaufvertrag und Darlehnsvertrag vorliegen.

Diese Rechtsprechung des BGH hat sich in ihrem Kern nicht gewandelt⁴⁾, denn die Annahme der sog. "wirtschaftlichen Einheit" lag sinngemäß schon dem Urteil vom 29. 10. 1956⁵⁾ zu Grunde. Nur auf Grund der Tatsache,

1) BGHZ 47, 255

2) BGHZ 37, 94 ff, wo stets von der rechtlichen Selbständigkeit von Kauf- und Darlehnsvertrag ausgegangen wird.

3) S. 36

4) a. A. Wendt MDR 1962, 943; gegen ihn Frotz JZ 1963, 533

5) BGHZ 22, 91

daß mit der Einführung des B-Geschäftes die Funktionen auf der Verkäuferseite "aufgespalten"¹⁾ wurden, das Ziel des Geschäftes jedoch das gleiche blieb, kam der BGH zu dem Ergebnis, daß zwar zwei rechtlich selbständige Verträge vorlagen, die jedoch ihrem Inhalt nach auf ein konventionelles Abzahlungsgeschäft abzielten. Der BGH bemühte sich in der Folgezeit, Kriterien²⁾ herauszustellen, um den Kreditvertrag beim Teilzahlungsgeschäft von einem "normalen" Darlehnsvertrag abzugrenzen. Diese Kriterien wollte der BGH jedoch immer weniger als Tatbestandsmerkmale³⁾ verstanden wissen, da andernfalls die mit der Teilzahlung befaßten Kreditinstitute die für sie sich daraus ergebenden Nachteile durch eine Änderung ihrer Geschäftsbedingungen umgehen konnten⁴⁾. Der BGH stellte daher in seiner letzten Entscheidung⁵⁾ heraus, daß die in den vorhergehenden Entscheidungen genannten Kriterien nur als Anhaltspunkte aufzufassen seien, die die Vermutung eines inneren Zusammenhangs von Darlehns- und Kaufvertrag nahelegten.

Der vom BGH herausgearbeitete Begriff des inneren Zusammenhangs ist als Kriterium zur Prüfung der Frage, ob im Einzelfall von einer wirtschaftlichen Verknüpfung von Kauf- und Darlehnsvertrag gesprochen werden kann, geeignet und praktikabel. Hervorzuheben und von entscheidender Bedeutung ist jedoch stets, daß die Funktionen auf der Verkäuferseite dadurch zugleich in der Weise aufgeteilt sein müssen, daß das Warenproblem in den Aufgabenkreis des Verkäufers und das Finanzierungsproblem in den der Bank fallen muß. Wo beide Aufgabenkreise in dieser Absicht voneinander abgegrenzt sind, und sie ihren gemeinsamen Berührungspunkt in dem Ziel haben, einem bestimmten Käufer den Kauf einer bestimmten Sache im Wege der Ratenzahlung zu ermöglichen und die gesamte Tätigkeit des Verkäufers und der Bank auf dieses Ziel ausgerichtet und aufeinander abgestimmt ist, wird man mit Recht davon sprechen können, daß zwischen Kauf- und Darlehnsvertrag ein innerer Zusammenhang besteht.

1) BGHZ, aaO.

2) Vgl. in BGHZ 37, 94 f das Merkmal einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung

3) Vgl. BGHZ 37, 101 einerseits und BGHZ 47, 256 andererseits

4) Vgl. z. B. BGHZ 47, 238 und S. 18, Fn. 1

5) BGHZ 247, 253 f

Ob eine wirtschaftliche Verknüpfung vorliegt, ist jedoch erst und nur dann zu prüfen, wenn der Käufer von einem Finanzierungsinstitut einen Kredit erhält, ohne den er den Gegenstand nicht hätte kaufen können, und das Finanzierungsinstitut sich den gekauften Gegenstand zur Sicherung seiner Darlehnsforderung übereignen läßt.

Diese Voraussetzungen liegen beim B-Geschäft sämtlich vor, insbesondere weiß das Finanzierungsinstitut auch, daß nur durch seine Mitwirkung das Geschäft überhaupt zustande gekommen ist¹⁾.

Bei einem B-Geschäft ist somit eine wirtschaftliche Verknüpfung von Kauf- und Darlehnsvertrag zu bejahen. Zu fragen ist jedoch weiter, ob der hergestellte innere Zusammenhang von Kauf- und Darlehnsvertrag ausreicht, um eine Gleichrichtung der Interessen des Verkäufers und des Finanzierungsinstituts zu bejahen. Zu denken wäre in erster Linie an das vom BGH²⁾ herausgearbeitete Merkmal eines Rahmenvertrages oder einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung. In diesem Merkmal sah der BGH³⁾ den inneren Grund, weshalb der Käufer sich bei einem finanzierten Teilzahlungskauf gegenüber dem Zahlungsanspruch des Finanzierungsinstituts in der Regel nach § 242 auf Mängel der Kaufsache berufen könne, wenn er vom Verkäufer keine Gewährleistung zu erlangen vermag; denn dadurch erscheine das Finanzierungsinstitut und der Verkäufer dem Käufer wirtschaftlich als eine Einheit. Durch die zwischen dem Finanzierungsinstitut und dem Verkäufer bestehende, auf Dauer angelegte Verbindung seien beide untereinander wirtschaftlich enger verbunden als jeder von ihnen mit dem Käufer. Ob der BGH dieses Merkmal nach seinem letzten Urteil auch bei Mängeleinwendungen noch als entscheidend ansieht, ist indessen fraglich⁴⁾,

1) Mück, S. 55, spricht insofern zutreffend von dem Finanzierungsinstitut als einem "Verursacher"; vgl. auch Schoreit, S. 71

2) BGHZ 37, 94 ff (vgl. auch S. 30 und S. 31, Fußn. 1)

3) BGHZ, aaO. (S. 100/101)

4) Vgl. BGHZ 47, 230 für den Fall einer Anfechtung des Kaufvertrages. Dort hatte der Verkäufer zum ersten Mal mit der Bank zusammengearbeitet und offensichtlich keine weitere Zusammenarbeit ins Auge gefaßt. In diesem Fall lag das Erfordernis einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung nicht vor. Der Käufer hatte den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten und die Darlehnsrückzahlung - nach Ansicht des BGH - zu Recht verweigert. Vgl. hierzu auch Pagendarm WM 1967, 445

da es für den Käufer sowohl bei Sachmängeleinwendungen als auch bei einer wirksamen Anfechtung des Kaufvertrages nicht erkennbar ist, ob es sich hierbei um eine gelegentliche oder um eine auf längere Zeit geplante Zusammenarbeit zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut handelt.

Die schlichte Interessengemeinschaft ist, wie oben¹⁾ herausgestellt, eine Gemeinschaft, die nicht auf einheitlicher Zweckverfolgung beruht. Daraus folgt jedoch nicht ohne weiteres, daß mangels einheitlichen Zielstrebens die Mitglieder einer Interessengemeinschaft unabhängig voneinander arbeiten oder einander gar unbekannt sind. Man wird vielmehr für das Bestehen einer Interessengemeinschaft fordern müssen, daß zwischen ihren Mitgliedern ein Kontakt besteht. Problematisch ist es, eine verbindliche Formel für die notwendige Intensität des Kontaktes zu finden. Man wird solche Kontakte ausscheiden, die rechtlich unbeachtlich sind und nur die "gravierenden"²⁾ Kontakte berücksichtigen müssen. Bei einem B-Geschäft kann man nur solche Kontakte als gravierend auffassen, die der Förderung der gemeinsamen Interessen dienlich sind. Der Begriff des "gravierenden Kontaktes" ist daher so zu verstehen, als in ihm der Gedanke einer geschäftlichen Zusammenarbeit, sei es auch in einer gelockerten Form, von Händler und Kreditgeber zu einem bestimmten Zweck zum Ausdruck kommt; Kontakte also, die außerhalb des B-Geschäftes gepflogen werden oder die - innerhalb des Geschäftes - weder den Interessen des Finanzierungsinstituts noch denen des Verkäufers förderlich sind, sind für die Prüfung, ob eine Interessengemeinschaft vorliegt, ohne Belang.

Damit ist zugleich das Problem angesprochen, ob zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut ein Rahmenvertrag oder eine auf Dauer angelegte geschäftliche Beziehung bestehen muß. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt es, wenn zwischen dem Händler und dem Kreditgeber ein Kontakt zur Förderung der beiderseitigen gleichgerichteten In-

1) S. 65

2) Dieser Ausdruck wurde zuerst von Wüst (S. 45) verwendet.

teressen entweder erstmals hergestellt oder fortgesetzt wird¹⁾. Ohne Bedeutung ist hierbei, ob dieser Kontakt seinen Niederschlag in rechtsgeschäftlichen Formen findet; es genügt, daß ein Kontakt zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut, sei er rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Natur, stattgefunden hat²⁾.

Zweifelhaft erscheint indessen, ob man in jenen Fällen noch von einem gravierenden Kontakt sprechen kann, in denen der Händler den Käufer zu einem bestimmten Kreditinstitut schickt, der Kontakt somit nicht unmittelbar zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut hergestellt wird, sondern gleichsam über eine Zwischenperson. Hier ist zu bedenken, daß die Bank u. U. erst durch den Käufer von der Existenz des betreffenden Händlers erfährt und sich somit keine oder doch nur eine sehr vage Vorstellung von der wirtschaftlichen Solvenz und der Redlichkeit des Verkäufers machen kann. Andererseits bestünde die Gefahr, daß die Bank dem Händler nicht mehr wie bisher³⁾ die Darlehnsformulare überläßt und ihn die Vertragsverhandlungen zum Abschluß des Darlehnsvertrags führen läßt,

1) Soergel-Ballerstedt (§ 455 Rd. Nr. 24) hält im Anschluß an BGHZ 37, 94 ff am Abgrenzungskriterium einer dauernden Geschäftsverbindung zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut fest und begründet dies damit, daß das Kreditinstitut sein geschäftliches Interesse an der Erweiterung seines Kreditvolumens unmittelbar mit dem Absatzinteresse des Händlers verbinde. Hiergegen ist einzuwenden, daß sich eine solche Interessenverbindung bereits dann ergibt, wenn der Verkäufer und das Finanzierungsinstitut nur einmal zusammenarbeiten. Die Abgrenzung ist dem Käufer gegenüber auch willkürlich gezogen, denn für ihn ist es weder erkennbar noch von Interesse, ob das Finanzierungsinstitut und der Verkäufer einen Rahmenvertrag geschlossen haben oder nur gelegentlich zusammenarbeiten. Entscheidend ist allein, ob das Teilzahlungsgeschäft in den Formen des B-Geschäftes durchgeführt wird.

Vgl. hierzu auch Frotz JZ 1963, 535

2) Es ist daher unerheblich, ob zwischen dem Händler und dem Kreditgeber ausdrücklich ein Rahmenvertrag geschlossen wurde, oder ob das Finanzierungsinstitut dem Verkäufer lediglich die Formulare für die Darlehnsanträge überlassen hat. In beiden Fällen hat ein "gravierender Kontakt" zwischen dem Finanzierungsinstitut und dem Verkäufer stattgefunden.

3) Vgl. Krauss, S. 10; Mück, S. 6

sondern in ihren Geschäftsräumen unmittelbar mit dem Kunden selbst verhandelt. Man wird daher darauf abstellen müssen, auf wessen Initiative der Käufer gerade mit diesem Kreditinstitut einen Darlehnsvertrag geschlossen hat. Hat der Verkäufer den Käufer dazu veranlaßt, ein bestimmtes Kreditinstitut aufzusuchen und führt dieses dann die Vertragsverhandlungen und überweist es anschließend die Darlehnssumme an den Verkäufer, so liegt damit noch ein "gravierender Kontakt" vor. Wo hingegen eine Initiative des Verkäufers fehlt, und der Käufer somit nach eigener Wahl und aus eigenem Entschluß mit einem Kreditinstitut einen Darlehnsvertrag abschließt, fehlt es an einem zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut bestehenden "gravierenden Kontakt".

Bei einem B-Geschäft ist ein solcher "gravierender Kontakt" zu bejahen, da hier der Verkäufer und das Finanzierungsinstitut durch planmäßige Arbeitsteilung und Koordinierung ihrer geschäftlichen Tätigkeit dem Käufer-Darlehnsnehmer den Kauf einer bestimmten Sache ermöglichen, ohne daß dieser sofort und bar bezahlen muß.

Abschließend darf gesagt werden, daß bei einem B-Geschäft die Interessen des Verkäufers und der Bank gleichgerichtet sind. Der Kauf- und Darlehnsvertrag sind wirtschaftlich untereinander verknüpft, und zwischen dem Verkäufer und dem Kreditgeber besteht ein "gravierender Kontakt".

Auf Grund dieses Ergebnisses ist daher festzustellen, daß bei einem B-Geschäft der Verkäufer und das Finanzierungsinstitut eine schlichte Interessengemeinschaft bilden¹⁾.

Nunmehr erhebt sich die Frage, was aus dem Begriff der Interessengemeinschaft bei Leistungsstörungen in der Sphäre des Verkäufers vom Standpunkt des Käufers aus zu folgern ist.

1) Hierbei handelt es sich nicht um eine Gemeinschaft i. S. der §§ 741 ff BGB; denn nach der hier vertretenen Auffassung erscheint die im BGB geregelte Bruchteilsgemeinschaft lediglich als die Hauptart einer schlichten Interessengemeinschaft.

VI. 3. Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Verkäufer und Bank

Der Begriff der Interessengemeinschaft wurde vom RG dazu verwendet, den Verteilungsgrundsatz aufzustellen¹⁾. Würdinger stellt den Gedanken der gleichmäßigen Behandlung aller Beteiligten heraus, der bei der Bruchteilsgemeinschaft in den §§ 743 I, 748, 757 zum Ausdruck komme²⁾. Das Anrecht auf gleichmäßige Behandlung ist jedoch nicht in der Weise aufzufassen, daß allen Gemeinschaftlern notwendig die gleichen Rechte und Pflichten zustehen, sondern, daß sie nach den gleichen Maßstäben gemessen werden³⁾.

In diesem Zusammenhang könnte man daran denken, den Grundsatz der Gleichbehandlung wie folgt zu deuten: Durch die Aufteilung der Funktionen des Verkäufers und der Übernahme eines Teils dieser Funktionen (nämlich der Kreditierung) durch eine Bank muß sich diese insoweit wie ein Verkäufer behandeln lassen, und der Käufer kann ihr daher auf diesem Wege die Sachmängelrügen entgehenhalten.

Hiergegen erheben sich jedoch sofort gewichtige Bedenken, denn bei den den Entscheidungen des RG zu Grunde liegenden Fällen handelte es sich um eine Interessengemeinschaft der Gläubiger. Beim B-Geschäft besteht keine solche Interessengemeinschaft der Gläubiger. Gläubiger ist nur das Finanzierungsinstitut, denn der Verkäufer hat seine Gläubigerstellung mit dem Erhalt der Darlehenssumme und der damit verbundenen Erfüllung des Restkaufpreisanspruchs verloren.

Es ist daher der Frage nachzugehen, ob die vom RG⁴⁾ getroffenen Entscheidungen Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgedankens oder nur als Einzelentscheidungen mit einem bestimmten Rechtsinhalt - und nur auf dem Hintergrund einer bestimmten wirtschaftlichen Grenzsituation verständlich - aufzufassen sind, und denen daher kein allgemein gültiger Rechtsgedanke inneohnt.

1) Vgl. S. 65, Fn. 2 und 3. Der Lieferant war berechtigt und verpflichtet, die Gläubiger anteilmäßig zu befriedigen.

2) S.

3) Vgl. auch Wüst, S. 60

4) Vgl. insbesondere RGZ 84, 128

Der von Würdinger¹⁾ herausgestellte Gedanke von der Gleichbehandlung aller Beteiligten regelt die Beziehungen dieser Beteiligten untereinander und innerhalb der Interessengemeinschaft. Beim B-Geschäft ist die Rechtslage insoweit anders, als es darum geht, ob sich ein Dritter (der Käufer-Darlehnsnehmer) gegenüber der Interessengemeinschaft auf diesen Grundsatz berufen kann, mit der Folge, daß er Rechte, die er gegen einen Teil der Interessengemeinschaft hat, auch gegenüber dem anderen Teil geltend machen kann. Die Frage ist vom RG²⁾ dahin entschieden worden, daß ein Schuldner sich gegenüber dem Lieferungsanspruch eines Gläubigers auf das Recht der quotenmäßigen Befriedigung, das sich aus der Interessengemeinschaft der Gläubiger ergibt, berufen kann. Das bedeutet nichts anderes, als daß sich auch für einen Dritten, der nicht Mitglied der Interessengemeinschaft ist, u. U. das Recht ergibt, sich auf die eine Interessengemeinschaft beherrschenden Grundsätze zu berufen³⁾.

Fraglich ist indes weiter, ob eine Interessengemeinschaft dann noch gegeben ist, wenn der Kaufpreisanspruch des Verkäufers erfüllt ist und somit nur noch das Finanzierungsinstitut Gläubigerin ist. Eine solche Fragestellung verkennt, daß Voraussetzung für eine Interessengemeinschaft nicht das Bestehen einer Mehrheit von Gläubigern ist. In den vom RG entschiedenen Fällen war dies nur eine Erscheinungsform der Interessengemeinschaft. Entscheidend ist allein, daß sich die Interessen der Mitglieder der Gemeinschaft in gleicher Richtung bewegen. Das ist bei dem Finanzierungsinstitut und dem Verkäufer - wie oben dargelegt⁴⁾ - der Fall.

Durch die Erfüllung des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers "verschwindet"⁵⁾

1) S.

2) RGZ 84, 125 ff

3) Nach Ansicht des RG hat der Schuldner die Pflicht, die Ansprüche der Gläubiger zu kürzen; tut er dies nicht, so ist er gegenüber den ausgefallenen Gläubigern schadensersatzpflichtig (vgl. hierzu auch de Boor, S. 23)

4) S. 74 f

5) Larenz I § 2 V

das zwischen dem Käufer und dem Verkäufer bestehende Schuldgefüge¹⁾ nicht aus der "Welt des rechtlichen Geltens"²⁾; das ergibt sich schon daraus, daß nur der in dem Schuldgefüge wurzelnde Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises erlischt, hingegen die Rechte des Käufers nach § 459 ff BGB weiterhin bestehen bleiben. Entscheidend ist daher nicht, daß die Interessengemeinschaft als eine Mehrheit von Gläubigern dem Käufer gegenübertritt, sondern lediglich das Bestehen von schuldrechtlichen Beziehungen der einzelnen Mitglieder der Interessengemeinschaft zu dem Schuldner (d. h. dem Käufer-Darlehnsnehmer).

Diese Beschränkung auf nur schuldrechtliche Beziehungen kann jedoch nur in den Fällen gerechtfertigt sein, in denen ein Mitglied der Interessengemeinschaft (hier die Bank) bestimmte Rechte und Pflichten eines anderen Teils der Interessengemeinschaft (hier des Verkäufers) übernimmt. Beim B-Geschäft wird notwendigerweise durch die Herauslösung eines Teils der Verkaufsaufgaben - nämlich die Kreditierung - und deren Übertragung auf einen Dritten (die Bank) - wirtschaftlich gesehen - der Funktionsbereich des Verkäufers auf den eines Warenlieferanten beschränkt³⁾. Die Zahlung des Restkaufpreises kann daher nicht als der Normalfall der Erfüllung einer Schuld durch einen Dritten angesehen werden. Gegen eine solche Annahme spricht der zwischen dem Finanzierungsinstitut und dem Verkäufer geschaffene "gravierende Kontakt" und weiter die Tatsache, daß die Bank das Darlehn nur gewährt, wenn ihr die gekauften Waren zur Sicherung übereignet werden.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, daß, obwohl nur die Bank dem Käufer als Gläubigerin gegenübertritt, die Bank und der Verkäufer eine Interessengemeinschaft bilden. Diese Interessengemeinschaft wird vom Grundsatz der Gleichbehandlung beherrscht. Dieser Grundsatz bestimmt die Beziehungen der Mitglieder der Interessengemeinschaft untereinander. Er wirkt bezüglich bestimmter Rechte und Pflichten auch auf die Personen,

1) Larenz I, aaO.

2) Larenz I, aaO.

3) Auch Pagendarm (WM 1967, 436) spricht von einer "Aufteilung der Funktionen": Die Warenlieferung erfolgt durch den Verkäufer; die Kreditgewährung geschieht durch die Bank.

mit denen ein jeder Teil der Interessengemeinschaft schuldrechtliche Beziehungen unterhält. Daraus ergibt sich die Rechtfertigung, daß der Schuldner sich umgekehrt gegenüber jedem Mitglied einer Interessengemeinschaft auf bestimmte, im folgenden noch genau festzulegende Rechte berufen kann.

VI. 4. Die subsidiäre Haftung der Bank

Hier ist nun zu prüfen, welche Rechte der Dritte (Käufer-Darlehnsnehmer) beim B-Geschäft auch gegenüber dem an dem Kaufvertrag Nichtbeteiligten (Bank) geltend machen kann.

Im jetzigen Stadium der Untersuchung würde man bei konsequenter Durchführung des Gedankens von der Interessengemeinschaft zu dem Ergebnis gelangen, daß auch die Bank bei einem Sachmangel verpflichtet wäre, diese fehlerhafte Sache auszubessern¹⁾. Daß eine solche Konstruktion zu unbrauchbaren Ergebnissen führte, ist offensichtlich.

Der Käufer hat auf Grund der §§ 459 ff BGB seine Rechte auch dann gegen den Verkäufer, wenn dieser den Fehler nicht verschuldet hat²⁾. Daher muß der Käufer sich zunächst an den Verkäufer halten und seine Rechte aus den §§ 459 ff BGB geltend machen, oder, wenn diese ausgeschlossen sein sollten, Nachbesserung verlangen. Erst, wenn eine Nachbesserung unmöglich oder vom Verkäufer abgelehnt oder ungebührlich verzögert würde, ist der Käufer berechtigt, seine Rechte aus den §§ 459 ff BGB auch gegenüber dem Zahlungsanspruch der Bank geltend zu machen.

Der Käufer kann sich daher auf den Grundsatz der Gleichbehandlung nur dann berufen, wenn seine Rechte gegenüber dem Verkäufer nicht durchsetzbar sind. Diese Einschränkung ist einmal deshalb gerechtfertigt, weil die vom Verkäufer und von dem Finanzierungsinstitut verfolgten Interessen rechtlich in verschiedener Gestalt auftreten, zum anderen liegt dies

1) Unter der Voraussetzung, daß die Rechte nach den §§ 459 BGB ausgeschlossen sind und statt ihrer - wie es in der Praxis üblich ist - ein Nachbesserungsrecht besteht.

2) Vgl. Larenz II, S. 32 ff.

im Wesen der Interessengemeinschaft begründet. Die Interessengemeinschaft ist keine Gesellschaft des BGB oder des HGB. Sie beruht auf einer weniger intensiven gemeinschaftlichen Zweckverfolgung¹⁾. Der Käufer hat daher nicht die Möglichkeit zu wählen, ob er zuerst gegen die Bank oder den Verkäufer vorgehen soll. Er ist vielmehr verpflichtet, die ihm zustehenden Rechte, die sich aus seinen schuldrechtlichen Beziehungen zum Verkäufer ergeben, zu erschöpfen, bevor er sich gegenüber der Bank auf die Grundsätze der Interessengemeinschaft berufen kann.

Zu prüfen ist hier das von den Vertretern der sog. strengen Trennungstheorie²⁾ vorgebrachte Argument, daß das Finanzierungsinstitut in bankfremde Vorgänge hineingezogen werde, wenn man ihm gegenüber die Mängel einwendungen des Käufers-Darlehnsnehmers durchgreifen lasse; denn die Geschäftstätigkeit des Finanzierungsinstitutes sei nur darauf abgestellt, Darlehn zu gewähren; es könne auch i. d. R. gar nicht überblicken, ob die Mängelrügen des Käufers berechtigt seien.

Eine solche Betrachtungsweise verkennt indessen die tatsächliche Stellung des Finanzierungsinstituts bei einem B-Geschäft; denn dieses tritt nicht wie ein gewöhnlicher Darlehnsgeber auf, sondern übernimmt Funktionen des (Abzahlungs-) Verkäufers. Erst durch die Beteiligung der Bank an dem sonst normalen Abzahlungsgeschäft und dem damit verbundenen Bestehen von zwei selbständigen Verträgen verschlechtert sich die Rechtsstellung des Ratenkäufers in bestimmten Fällen gegenüber der eines normalen Abzahlungskäufers.

Die Anwendung der sog. strengen Trennungstheorie führte - worauf M. v. Bieberstein³⁾ zutreffend hinweist - auch zu merkwürdigen Ergebnissen; zahlt nämlich der Käufer nicht - trotz ordnungsgemäßer Erfüllung des Kaufvertrages durch den Verkäufer - und verletzt er damit eigene Vertragspflichten⁴⁾, dann behandelt die strenge Trennungstheorie die Darlehnsforderung bei dem B-Geschäft zu Gunsten des Käufers wie eine nor-

1) Würdinger, aaO. (S. 15)

2) Vgl. insbes. Möllers HTzW, S. 515; Rudolph, S. 155; Giffhorn II MDR 1954, 612; vgl. auch OLG Karlsruhe TW 1955, 53 f (54)

3) S. 108

4) Vgl. Crisolli-Ostler § 6, Anm. 136 f (138) mit weiteren Nachweisen

male Kaufpreisforderung. Dies hat zur Folge, daß die §§ 1 - 3 und § 5 AbzG zur Anwendung kommen.

Verletzt dagegen der Verkäufer seine Vertragspflichten und verhält sich der Käufer vertragsgetreu, so wird die Forderung der Bank nicht wie eine Kaufpreisforderung, sondern zu Ungunsten des Käufers wie eine selbständige Darlehnsforderung behandelt. In den Fällen also, in denen der Käufer umso schutzwürdiger erscheint, weil nicht er, sondern der Verkäufer sich nicht vertragsgemäß verhalten hat, stünde er bei strikter Anwendung der sog. strengen Trennungstheorie schutzlos da, da ja der Käufer seine Gegenrechte gegenüber dem Finanzierungsinstitut nicht geltend machen kann. Eine solche Regelung, die den Käufer bei einem B-Geschäft ohne ersichtlichen Grund schlechter stellt als einen normalen Abzahlungskäufer, widerspricht ganz offensichtlich Recht und Billigkeit¹⁾.

Eine Schlechterstellung des Käufers bei einem B-Geschäft gegenüber einem normalen Abzahlungskäufer - wie sie nach der Trennungstheorie eintritt - verstößt auch gegen den Grundsatz der "Gleichbewertung des Gleichsinnigen"²⁾ "Tatbestände, die in den für ihre rechtliche Bewertung 'wesentlichen' Hinsichten gleich liegen"³⁾, sind nach unserer Rechtsordnung mit den gleichen Rechtsfolgen auszustatten.

Das B-Geschäft stellt sich - wirtschaftlich betrachtet - als ein Abzahlungskauf dar⁴⁾. Es verliert seinen Charakter als Abzahlungskauf nicht dadurch, daß rechtlich zwei Verträge geschlossen werden und ein Dritter - das Finanzierungsinstitut - hinzutritt, denn der wirtschaftliche Sinn und Zweck dieses Geschäfts ist der gleiche geblieben⁵⁾. Ist aber das B-Geschäft in seiner wirtschaftlichen - nicht rechtlichen - Struktur und Zielrichtung ein Abzahlungsgeschäft geblieben, so geht es nicht an, den Käufer bei einem B-Geschäft schlechter zu stellen, als er bei einem

1) Ebenso Mück, S. 57

2) Larenz, Methodenlehre, S. 254

3) Larenz, aaO.

4) Aus diesem Grunde wendet die ganze h. M. auch das AbzG auf das B-Geschäft an; vgl. hierzu Krauss (S. 72 f) mit Nachweisen.

5) Ebenso Mück, S. 52

herkömmlichen Abzahlungskauf stehen würde¹⁾.

Zu prüfen bleibt noch das wiederholt vorgebrachte Argument, daß der Käufer beim B-Geschäft besser dastünde als bei einem normalen Bargeschäft; denn das B-Geschäft stelle sich vom Standpunkt des Verkäufers aus als ein Bargeschäft dar²⁾.

Hier handelt es sich weder um einen gewöhnlichen Abzahlungskauf noch um einen Barkauf. Ein Abzahlungskauf im herkömmlichen Sinne scheidet deswegen aus, weil der Verkäufer nicht zugleich Kreditgeber ist. Auch erhält er die vom Käufer zu zahlende Summe in einem Betrag gutgeschrieben. Das B-Geschäft ist aber auch kein Barkauf, denn der Käufer zahlt nicht sofort in bar³⁾.

Zwar gestaltet sich - vom Standpunkt des Verkäufers aus gesehen - das B-Geschäft wie ein Bargeschäft, daraus folgt jedoch nicht, daß der Käufer deswegen auch ein Barkäufer sein müsse; denn vom Standpunkt des Käufers aus ist die wirtschaftliche Situation unverändert; Für ihn handelt es sich um einen Kauf auf Raten. Man kann den Vorgang, daß die Bank auf Grund der unwiderruflichen Anweisung des Käufers den Betrag direkt an den Verkäufer überweist, einer Barzahlung des Käufers nicht gleichstellen; denn eine solche Betrachtungsweise würde die Stellung des Finanzierungsinstitutes bei einem B-Geschäft nicht zutreffend würdigen, da dieses nicht nur Dritter i. S. d. § 267 BGB ist, sondern darüber hinaus Funktionen eines Abzahlungsverkäufers übernommen hat.

Die gesamte Argumentation leidet darunter, daß das B-Geschäft nicht vom Standpunkt eines einzelnen am Geschäft Beteiligten aus beurteilt werden darf, sondern darauf abzustellen ist, ob die gesamten rechtlichen Verknüpfungen und wirtschaftlichen Verflechtungen von Bank, Händler und Käufer als ein Teilzahlungskauf oder als ein Bargeschäft zu werten sind.

Bei einem B-Geschäft handelt es sich aber - wirtschaftlich gesehen - un-

1) Ebenso Mück, aaO.

2) Vgl. Capeller BB 1957, 207; Grube TW 1958, 56

3) So auch Larenz II, § 39 IV; Möllers TF S. 11

einen Abzahlungskauf, den Möllers selbst¹⁾ zutreffend als finanzierten Kauf bezeichnet. Ist das B-Geschäft daher kein Bargeschäft, so kann die Rechtsstellung des daran beteiligten Käufers nicht mit der eines Barkäufers verglichen werden²⁾.

5. Zu erörtern bleibt nunmehr, ob jeder Käufer eines B-Geschäfts sich gegenüber dem Zahlungsanspruch des Finanzierungsinstituts auf Mängel aus dem Kaufvertrag berufen kann, oder ob diese Berechtigung nur einem bestimmten Kreis von Käufern zugestanden werden kann.

Die Rechtsprechung hat sich in dieser Frage an die vom AbzG getroffenen Regelungen angelehnt. So hat der Bundesgerichtshof³⁾ dem § 8 AbzG den allgemeinen Gedanken entnommen, daß der als Kaufmann im Handelsregister eingetragene Käufer nur beschränkt schutzwürdig sei und diesen Gedanken über den Bereich des AbzG hinaus für anwendbar erklärt. Sei der Käufer bei einem B-Geschäft zu dem Zeitpunkt, zu dem er die Sache erhalte, als Kaufmann im Handelsregister eingetragen, so könne er sich dem Darlehnsanspruch des Kreditinstituts gegenüber in aller Regel nicht nach § 242 BGB darauf berufen, die Sache sei mangelhaft und er vermöge vom Verkäufer keine Gewährleistung zu erlangen⁴⁾.

Diese mit Hilfe des § 8 AbzG vorgenommene Einschränkung hat - mit Recht - vielfach Kritik hervorgerufen⁵⁾.

Zu beanstanden ist, daß der BGH den kaufmännischen Abzahlungskäufer mit der Begründung nicht für schutzwürdig hält, weil er auch nach dem AbzG nicht schutzbedürftig sei. Hierbei verkennt der BGH, daß das AbzG den Abzahlungskäufer nur in den im AbzG ausdrücklich genannten Tatbeständen nicht für schutzbedürftig erachtet. Das Gesetz entscheidet sich daher nicht für eine totale, sondern nur für eine relative "Nicht-Schutz-

1) TF S. 11; auch Larenz II (§ 39 IV) betont, daß es sich um eine eigentümliche Zwischenform handele.

2) So auch M. v. Bieberstein MDR 1962, 561

3) BGHZ 37, 101

4) BGHZ, aaO. (S. 102)

5) Vgl. Wendt MDR 1962, 943; Frotz JZ 1963, 532 f (535); Mück, S. 84; Soergel-Ballerstedt § 455, Anm. 25

bedürftigkeit" des kaufmännischen Abzahlungskäufers¹⁾. Nur soweit der Schutz des AbzG reicht, gilt § 8 AbzG. Da die Frage der Mängelinwendungen aus dem Kaufvertrag gegenüber dem Darlehnsanspruch des Finanzierungsinstitutes nach überwiegender Meinung²⁾ nichts mit dem AbzG zu tun hat, ist es verfehlt, den § 8 AbzG hier heranzuziehen. Zutreffend weist Frotz³⁾ darauf hin, daß man sich hier mit der entsprechenden Anwendung des in § 8 AbzG angeblich verwurzelten allgemeinen Rechtsgedankens einer gesetzlichen Interessenbewertung zur Lösung eines Konflikts bedient habe, auf den sich diese Bewertung gar nicht beziehe und für den sie also nichts aussagen könne. Dies gilt umso mehr, als auch der BGH bei Einwendungen des Käufers wegen einer mangelbehafteten Sache nicht das AbzG heranzieht⁴⁾, sondern den Schutz des Käufers aus Treu und Glauben herleitet⁵⁾.

Aus diesem Grunde hätte der BGH den Kreis der schutzbedürftigen Käufer nicht mit Hilfe des AbzG, sondern durch andere Kriterien abgrenzen müssen⁶⁾.

Als ein solches anderes Kriterium käme das sog. "Sozialprinzip"⁷⁾ in Frage. Nach Ansicht von Larenz ist das "Sozialprinzip" ein die Privatautonomie begrenzendes und ergänzendes Gestaltungsprinzip, das dem Privatrecht immanent sei, wobei die Privatautonomie im Mittelpunkt stehe. Das Sozialprinzip habe seinen Niederschlag z. B. im AbzG, im Wohnmietrecht⁸⁾ und im Arbeitsrecht gefunden, in Rechtsgebieten also, wo die Gefahr bestehe, daß bestimmte Bevölkerungskreise infolge ihrer generellen wirtschaftlichen Unterlegenheit oder geschäftlichen Unerfahrenheit bei dem Abschluß bestimmt gearteter Verträge im Nachteil zu sein pflegen. Wo eine Gleich-

1) So auch Frotz JZ 1963, 535

2) Vgl. die Nachweise auf S. 55, Fn. 2

3) aaO. (S. 535)

4) So nur M. v. Bieberstein, S. 141 ff

5) Vgl. BGHZ 237, 94 ff

6) Ebenso Frotz JZ 1963, 536

7) Larenz AT § 7 IV (S. 93 f)

8) Vgl. die Nachweise bei Larenz AT, aaO. (S. 94)

heit der Ausgangslage fehle, bestünde die Gefahr, daß eine uneingeschränkte Privatautonomie zu sozialer Ungerechtigkeit führe. Die Einschränkungen der Privatautonomie auf Grund des Sozialprinzips sollten jedoch nicht weiter ausgedehnt werden, als zur Verhinderung sozialer Mißstände geboten sei¹⁾.

Das Sozialprinzip ist dem geltenden Privatrecht immanent, weil es, wie Larenz²⁾ zutreffend ausführt, "dem richtigen Verhältnis des Rechts als einer Ordnung, die an der Idee der Gerechtigkeit ausgerichtet ist, entspricht"³⁾.

Das Sozialprinzip schränkt die Privatautonomie ein, um zu verhindern, daß Bevölkerungskreise, die generell wirtschaftlich unterlegen und geschäftlich unerfahren sind, bei dem Abschluß bestimmt gearteter Verträge Nachteile erleiden. Nach der hier vertretenen Auffassung wird der Käufer bei einem B-Geschäft jedoch bereits durch die zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut bestehende schlichte Interessengemeinschaft geschützt; es ist daher nicht erforderlich, zum Schutze des Käufers auf das Sozialprinzip zurückzugreifen. Das Sozialprinzip ist hier vielmehr im Sinne eines negativen Abgrenzungsmerkmals zu verstehen. Dadurch wird dieses Prinzip nicht sinnenfremd, da es ja nicht nur den tieferen Grund für den Schutz des genannten Bevölkerungsteils darstellt, sondern zugleich auch als Kriterium dafür dient, welche Bevölkerungskreise schutzbedürftig sind.

Es erscheint in der Tat nicht gerechtfertigt, jeden Teilzahlungskäufer für berechtigt zu halten, sich auf Mängel einwendungen aus dem Kauf zu berufen, nur weil dieses Problem mit dem AbzG nichts zu tun hat und folglich § 8 AbzG nicht herangezogen werden darf; denn es ist zu beachten, daß das B-Geschäft - aus der Sicht des Käufers - in seiner wirtschaftli-

1) Larenz AT, aaO.

2) AT, aaO. (S. 95)

3) Das Sozialprinzip wurzelt daher nicht in Art. 20, 28 GG, sondern diese Artikel sind, um mit Larenz (AT § 2 III, S. 39) zu sprechen, Ausdruck eines immanenten Rechtsprinzips, das, weil die Zeit dafür gekommen war, entdeckt, nicht aber willkürlich geschaffen worden ist.

chen Funktion mit einem Abzahlungsgeschäft identisch ist¹⁾. Der Darlehns- und der Kaufvertrag dürfen daher nicht nur als "normale" Verträge angesehen werden, sondern immer zugleich als die wesentlichen Bestandteile eines Teilzahlungsgeschäftes. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll bei Abzahlungskäufen nur derjenige Teil der Bevölkerung geschützt werden, der eines gesetzlichen Schutzes bedarf²⁾. Auf Grund der weitgehenden wirtschaftlichen Identität von B-Geschäft und herkömmlichem Abzahlungskauf müssen beide Geschäfte auch gleich beurteilt werden, ohne daß bei dem B-Geschäft jedoch § 8 AbzG herangezogen werden kann.

Als Kriterium ist stattdessen das oben erläuterte Sozialprinzip maßgeblich. Es ist offensichtlich, daß es im Einzelfall u. U. schwierig sein wird, zu bestimmen, ob ein Teilzahlungskäufer noch zu jenem Kreis gehört, der nach dem Sozialprinzip schutzbedürftig ist. Dieser Nachteil wird durch den Vorteil einer freien richterlichen Würdigung ausgeglichen, die dann nicht an starre Regeln, wie die Registereintragung im Handelsrecht, gebunden ist³⁾.

Als Indiz, ob ein Käufer im Rahmen des Sozialprinzips schutzwürdig ist, kann hier die Kaufmannseigenschaft des Käufers berücksichtigt werden, ebenso wird man eine Schutzbedürftigkeit verneinen, wenn es sich um einen im Teilzahlungskauf erfahrenen Käufer handelt⁴⁾. Festzustellen ist jedoch, daß in jedem Einzelfall eine richterliche Würdigung zu erfolgen hat, ob der Käufer schutzbedürftig ist^{5) 6)}.

1) Das ist keine modifizierte Einheitstheorie i. S. d. § 139 BGB, da Kauf- und Darlehnsvertrag rechtlich selbständig sind.

2) Vgl. Crisolli-Ostler, § 8, Anm. 1

3) Vgl. zu § 8 AbzG auch Ewald, S. 35 f, der es mit Recht für unbillig hält, dem nicht eingetragenen Vollkaufmann Schutz zu gewähren, obgleich er über ausreichende Erfahrung verfügt.

4) Vgl. auch OLG Köln (MDR 1962, 214, vgl. S. 17, Fn. 2), wo dieser Gedanke bereits anklingt.

5) Mück (S. 84) will scheinbar jedem Käufer das Recht zugestehen, sich auf Mängel des Kaufvertrages zu berufen. Dies erscheint nicht gerechtfertigt, da, wie Mück (S. 67) selbst hervorhebt, der Käufer beim B-Geschäft in seiner Rechtsstellung dem gewöhnlichen Abzahlungskäufer anzupassen ist. Billigte man jedem Käufer dieses Recht zu, so würde man den kaufmännischen Abzahlungskäufer beim B-Geschäft auch besser stellen, als er bei einem gewöhnlichen Abzahlungskauf stünde.

6) Auch Frotz (JZ 1963, 536) scheint offensichtlich die Notwendigkeit zu bejahen, nur bestimmte Bevölkerungskreise zu schützen.

VII. Zusammenfassung

Der Käufer kann sich bei einem B-Geschäft gegenüber dem Darlehnsanspruch der Bank auf seine Rechte aus den §§ 459 ff und § 320 BGB berufen. Die Zulässigkeit ergibt sich aus der zwischen dem Verkäufer und der Bank bestehenden Interessengemeinschaft. Diese schlichte Interessengemeinschaft wird von dem Grundsatz der Gleichbehandlung beherrscht. Da die Bank bei einem B-Geschäft, wirtschaftlich gesehen, Funktionen des Verkäufers erfüllt, muß sie sich bei Leistungsstörungen in der Sphäre des Verkäufers die Rechte des Käufers hinsichtlich des Kaufpreises entgegenhalten lassen. Der Käufer-Darlehnsnehmer muß sich jedoch bei der Durchsetzung seiner Rechte zuerst an den Verkäufer wenden, diese Einschränkung ergibt sich aus der Tatsache, daß die Bank durch ihre Beteiligung am B-Geschäft keine Verkäuferin geworden ist, sondern nur Teilfunktion eines Verkäufers, nämlich die Kreditierung übernommen hat. Erst nachdem der Käufer seine Rechte aus dem Kaufvertrag ohne Erfolg geltend gemacht hat, kann er die kaufrechtlichen Einwendungen dem Anspruch der Bank auf Rückzahlung des Darlehns entgegensetzen. Nicht jeder Teilzahlungskäufer kann sich gegenüber dem Finanzierungsinstitut auf Mängel einwendungen aus dem Kaufvertrag berufen, sondern nur jener, der im Rahmen des "Sozialprinzips" schutzbedürftig ist.

2. Teil: Die Teilzahlungsbarkredite

I. Die wirtschaftlichen Vorgänge bei einem "Persönlichen Kleinkredit" und einem "Anschaffungsdarlehn"

Im Wirtschaftsleben haben sich neben den A-, B- und C-Geschäften seit ungefähr 1958 zunehmend andere Formen der Kreditgewährung durchgesetzt¹⁾. Es handelt sich hierbei um sog. Teilzahlungsbarkredite in Form der "Persönlichen Kleinkredite" und der "Anschaffungsdarlehn".

Bei dem "Persönlichen Kleinkredit", der nur bis zu einer bestimmten Höhe gewährt wird²⁾, verhandelt der Darlehnsnehmer unmittelbar und aus eigenem Antrieb mit der Bank. Von dieser erhält er gegen sicherungshalbe Abtretung von Gehalts- oder Lohnforderungen den von ihm beantragten Kredit.

Bei den Persönlichen Kleinkrediten wird man dem Käufer-Darlehnsnehmer nicht den Schutz des Abzahlungsgesetzes zubilligen können; denn der rechtlich bedeutsame Unterschied zum B-Geschäft und dem - noch zu erörternden - Anschaffungsdarlehn besteht darin, daß es hier an der Sicherungs-übereignung fehlt, die den inneren Zusammenhang von Kauf- und Darlehnsvertrag deutlich macht³⁾.

Nach der hier vertretenen Theorie von der Interessengemeinschaft fehlt es damit auch an dem für das Bestehen einer schlichten Interessengemeinschaft notwendigen gleichgerichteten Interesse; der Käufer kann sich daher

1) Vgl. Mück, S. 92 mit weiteren Nachweisen

2) Die Darlehnssumme darf im Einzelfall 2000, -- DM nicht übersteigen und muß innerhalb eines Zeitraums von mindestens 6 und höchstens 24 Monaten zurückgezahlt werden (vgl. Schönle NJW 1968, 475).

3) Dieser fehlende innere Zusammenhang kann auch nicht darin gesehen werden, daß sich in den Darlehnsformularen, wie sie bei den Persönlichen Kleinkrediten verwendet werden, die zu beantwortende Frage nach dem Verwendungszweck des Darlehns findet; denn die Angabe des Verwendungszwecks soll keine Zweckbindung des Darlehns schaffen, sondern hat nur psychologische Bedeutung, d. h. sog. "Fragebogencharakter" (so Schott, S. 190), dem jede rechtliche Wirksamkeit fehlt.

bei den Persönlichen Kleinkrediten gegenüber dem Darlehnsanspruch der Bank nicht auf Mängel des Kaufvertrags berufen,

Die "Anschaffungsdarlehn" werden zu dem Zweck an den Kunden herausgegeben, um die Anschaffung von Personenkraftwagen, Wohnungseinrichtungen und sonstigen hochwertigen Gebrauchsgütern zu finanzieren¹⁾. Bei diesen Darlehen tritt der Darlehnsnehmer ebenfalls von sich aus an den Darlehnsgeber heran²⁾. Zwischen der Bank und dem Verkäufer besteht kein Rahmenvertrag, wie er für das B-Geschäft kennzeichnend ist. Die Bank läßt sich zur Sicherung des Darlehns die Lohn- oder Gehaltsforderungen abtreten und die gekauften oder noch anzuschaffenden Waren zur Sicherung übereignen.

a) Die Anwendbarkeit des AbzG auf das Anschaffungsdarlehn

Fraglich ist, ob auf diese Form der Kreditgewährung das AbzG anwendbar ist.

Diese Frage wurde bisher verneint³⁾, da es sich hierbei nicht um eine andere Rechtsform handele, die darauf abziele, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäftes zu erreichen.

-
- 1) Die Darlehnssumme betrug bis zum 31. 12. 1967 im Höchstfalle 10.000, -- DM (So noch Schönle, NJW, aaO.). Nach mündlichen Rückfragen des Verfassers bei der Deutschen Bank, der Commerzbank und der Dresdner Bank ist die Summe seit dem 1. 1. 1968 auf 20.000, -- DM erhöht worden. Das Darlehn ist in monatlichen Raten zurückzuzahlen. Die maximale Laufzeit beträgt 48 Monate. Der Laufzinssatz ist auf 0,36 % festgesetzt.
 - 2) In der Praxis wird die Darlehnssumme - nach Auskunft der Großbanken - nicht immer unmittelbar an den Darlehnsnehmer ausbezahlt. Je nach Höhe der Darlehnssumme, des Warenwertes und der Kreditwürdigkeit des Darlehnsnehmers wird das Darlehn entweder an ihn oder an den Verkäufer ausbezahlt. Die Art der Auszahlung ist jedoch für die rechtliche Beurteilung unerheblich (Vgl. S. 101)
 - 3) Möllers, NJW 1967, 1786; a. A.: Schopp, Der Deutsche Rechtspfleger 1965, 217 ff (jedoch unklar); Schönle, NJW 1968, 475, bejaht bei Anschaffungsdarlehn die entsprechende Anwendung des AbzG.

Die Rechtsprechung des BGH hat zu diesen Fällen bisher noch nicht eindeutig Stellung genommen. Einen Anknüpfungspunkt bildet ein Satz in einer Entscheidung des BGH, in der dieser feststellt¹⁾, daß derjenige, der sich auf eigene Faust ein Darlehn verschaffe, sich gegenüber dem Darlehnsanspruch der Bank nicht auf Mängel aus dem Kaufvertrag berufen könne. Daraus könnte man den Schluß ziehen, daß die Anwendbarkeit des AbzG auch auf Teilzahlungsbarkredite nicht die Billigung des BGH finden würde. Andererseits geht aus der letzten Entscheidung des BGH²⁾ nicht klar hervor, ob es sich nicht bei jenem zu entscheidenden Fall bereits um einen Teilzahlungsbarkredit handelte³⁾. Entscheidenden Wert legt der BGH⁴⁾ auf den inneren Zusammenhang von Kauf- und Darlehnsvertrag. Erst dieser innere Zusammenhang mache das Geschäft zu einem einheitlichen Vorgang, auf den das AbzG Anwendung finde. Indiz für den inneren Zusammenhang könne das verabredete Zusammenwirken aller drei Beteiligten oder die gegenseitige Bezugnahme der Verträge aufeinander oder das eigene Interesse des Kreditgebers und seiner Mitwirkung am Kaufvertrag sein.

Die Anwendung des AbzG auf den zwischen dem Käufer und dem Finanzierungsinstitut bestehenden Kreditvertrag setzt nach Ansicht des BGH⁵⁾ jedoch als Mindestforderung voraus, daß

- a) der Käufer einen Kredit erhält, der in Raten zurückzuzahlen ist,
- b) das Darlehn zum Kauf eines bestimmten Gegenstandes gewährt wurde,
- c) der Käufer ohne den Kredit nicht gekauft hätte,
- d) die Übereignung des Kaufgegenstandes an das Finanzierungsinstitut die wesentliche Sicherung der Darlehnsforderung darstellt.

Erst wenn diese Voraussetzungen vorliegen, muß nach Auffassung des BGH im Einzelfall geprüft werden, ob Kauf- und Finanzierungsvertrag wirtschaft-

1) BGHZ 37, 101

2) BGHZ 47, 253 ff = NJW 1967, 1036 ff

3) Dieser Ansicht scheint Möllers (NJW 1967, 1786) zuzuneigen.

4) BGHZ, aaO.

5) BGHZ, aaO. (S. 257)

lich eine auf ein Ziel ausgerichtete Einheit bilden oder sich zu einer solchen Einheit ergänzen.

Das OLG Stuttgart¹⁾ hat es für die Anwendbarkeit des AbzG auf den Kreditvertrag für ausreichend erachtet, wenn der Kredit mit Wissen des Kreditgebers speziell für die Beschaffung eines ganz bestimmten Gegenstandes gewährt wird und der gekaufte Gegenstand dem Finanzierungsinstitut zur Sicherung übereignet wird.

Vergleicht man die beiden Urteile, so fällt auf, daß der BGH auf den inneren Zusammenhang von Kauf- und Darlehnsvertrag abstellt und hierfür bestimmte Mindestvoraussetzungen aufstellt. Das OLG Stuttgart begnügt sich mit dem Herausarbeiten von bestimmten Merkmalen, bei deren Vorliegen die Anwendung des AbzG bereits geboten ist.

Die Urteile unterscheiden sich weiter darin, daß es nach Ansicht des BGH erforderlich ist, daß der Kauf des Gegenstandes den Kredit notwendig voraussetzt.

Das OLG²⁾ hält dieses Merkmal für ungeeignet, da hier die Wertung zu sehr von unkontrollierbaren Faktoren und subjektiven Maßstäben abhängig sei; aus diesem Grunde stelle das AbzG bei einem gewöhnlichen Abzahlungskauf auch nicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Käufers ab.

Die Erörterung der Frage, ob das AbzG auf das Anschaffungsdarlehn Anwendung findet, hat von § 6 AbzG auszugehen. Es ist heute anerkannt³⁾, daß auch solche Geschäfte unter § 6 AbzG fallen, die auf Grund der Beteiligung eines Dritten "irgendwie aufgeteilt sind"⁴⁾, weil der Sinn und der sozialpolitische Zweck dieses Gesetzes eine solche Ausdehnung fordern. Der tiefere Grund liegt jedoch darin, daß die Darlehnskonstruktion - wirtschaftlich betrachtet - der Abtretungskonstruktion entspricht⁵⁾. § 6

1) NJW 1967, 2016 ff; das Urteil erging am 4. 1. 1967; das Urteil des BGH (47, 253 ff) wurde am 24. 2. 1967 verkündet.

2) aaO. (S. 2017)

3) Vgl. Krauss, S. 65 mit Nachweisen

4) Crisolli-Ostler § 6 AbzG, Anm. 110

5) Vgl. hierzu ausführlich Krauss, S. 66 ff

AbzG findet somit unmittelbar auf die Abzahlungskäufe Anwendung, an denen ein Dritter beteiligt ist.

Problematisch ist indessen, wann im Einzelfall der Darlehnsvertrag noch als Teilstück eines Abzahlungsgeschäftes betrachtet werden kann.

Voraussetzung dafür, daß auf das Verhältnis Käufer - Kreditgeber das AbzG Anwendung findet, ist zunächst, daß der Käufer einen Kredit erhält, den er in Raten zurückzahlen muß¹⁾. Hierbei wird man es als ausreichend betrachten dürfen, wenn der Käufer bei dem Verkäufer eine Anzahlung leistet und den Restkaufpreis durch ein auf einmal rückzahlbares Darlehn finanziert²⁾; denn die ratenweise Tilgung des Kaufpreises ist das Kernstück eines Ratenkaufs.

Erforderlich ist ferner - wegen § 5 AbzG -, daß sich das Finanzierungsinstitut den vom Käufer gekauften Gegenstand zur Sicherung der Darlehnsforderung übereignen läßt³⁾. Fraglich ist, ob die Sicherungsübereignung die wesentliche Sicherung der Darlehnsforderung darstellen muß⁴⁾. Mit diesem Kriterium versuchte der BGH offensichtlich, eine Grenze zu dem reinen Personalkredit zu ziehen. Dieses vom BGH herausgestellte Abgrenzungsmerkmal ist jedoch wenig praktikabel, denn nach der Ansicht des BGH würde eine wesentliche Sicherung dann nicht mehr vorliegen, wenn die Darlehnsforderung z. B. zusätzlich durch Gehaltsforderungen des Käufers gesichert wäre, deren Sicherungswert den Wert des gekauften Gegenstandes überstiege. Ein Abstellen auf diesen Tatbestand könnte jedoch leicht die mit der Teilzahlungsfinanzierung befaßten Kreditinstitute dazu verleiten, sich neben der Sicherungsübereignung stets zusätzlich Gehaltsforderungen abtreten zu lassen, um dadurch die Anwendbarkeit des AbzG auszuschließen. Es ist auch zu bedenken, daß die Abtretung der Gehaltsforderung nur ein weiteres Sicherungsmittel ist und es nicht gerechtfertigt wäre, denjenigen schlechter zu stellen, der in der Lage ist, zusätzliche Sicherheiten leisten zu können. Damit würde man den Bevölkerungskrei-

1) Vgl. auch BGHZ 47, 253 ff; OLG Stuttgart NJW 1967, 2016

2) Ebenso Weitnauer, JZ 1968, 202

3) Ebenso Weitnauer, aaO.

4) BGHZ 47, 257

sen den Schutz versagen, die von dem AbzG noch geschützt würden, denn das AbzG nimmt von seinem Schutz nur den Käufer aus, der als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist. Es geht nicht an, den Anwendungsbereich des AbzG darüber hinaus einzuschränken¹⁾ und auch solche Käufer vom Schutz des AbzG auszuschließen, die in der Lage sind, außer der Sicherungsübereignung des Kaufobjektes zusätzliche Sicherheiten zu stellen.

Die Kreditinstitute können auch bei den Kunden, die zur Stellung anderer ausreichender Sicherheiten in der Lage sind, auf die Sicherungsübereignung verzichten. Damit würden sie klar zum Ausdruck bringen, daß sie einen reinen Personalkredit gewährt haben und es ihnen gleichgültig ist, für welche Zwecke der Darlehnsnehmer den Kredit verwendet.

Für die Frage der Anwendbarkeit des AbzG auf das Anschaffungsdarlehn wird man es daher für erforderlich, aber zugleich auch als genügend ansehen müssen, wenn die Bank sich den gekauften Gegenstand zur Sicherung ihrer Darlehnsforderung übereignen läßt²⁾.

Zu prüfen sind ferner die weiteren vom BGH herausgearbeiteten Merkmale, daß nämlich der Käufer ohne die Kreditgewährung nicht gekauft hätte und das Darlehn zum Kauf eines bestimmten Gegenstandes gewährt wurde.

Diese Kriterien sind jedoch als Abgrenzungsmerkmale nicht praktikabel, denn es entspricht der Lebenserfahrung, daß Käufer, die zur Barzahlung nicht in der Lage sind, den gewünschten Gegenstand aber für unentbehrlich halten, eben nur auf Abzahlung kaufen können. Aus der Tatsache, daß der Käufer ein Darlehn aufnimmt, kann daher i. d. R. bereits geschlossen werden, daß der Käufer den Gegenstand ohne die Kreditgewährung nicht gekauft hätte.

1) Vgl. auch BGHZ 15, 173

2) Ebenso Weitnauer (aaO.), der in der von vornherein vorgesehenen Sicherungsübereignung des gekauften Gegenstandes die maßgebliche Verbindung zum Kaufvertrag sieht; ebenso Schönle NJW 1968, 475

Auch das andere vom BGH herausgearbeitete Merkmal ist als ein rechtliches Unterscheidungsmerkmal wenig brauchbar, denn auch hier ergibt sich bereits aus der Tatsache der Sicherungsübereignung, daß der Kredit zum Kauf eines bestimmten Gegenstandes gewährt wurde.

Für die Anwendbarkeit des AbzG auf die sog. Anschaffungsdarlehne ist es daher ausreichend, daß das Kaufobjekt dem Finanzierungsinstitut zur Sicherung der Kreditforderung übereignet worden ist¹⁾.

Im folgenden ist noch kurz auf die Gründe einzugehen, die gegen eine Anwendung des AbzG sprechen könnten.

Zwischen dem Verkäufer und der Bank besteht keine auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung. Dieses Merkmal kann jedoch hier nicht entscheidend sein²⁾; denn bei einem Anschaffungsdarlehn weiß der Kreditgeber - auf Grund der Sicherungsübereignung -, daß der Käufer das Darlehn nur zu einem bestimmten Zweck verwenden will. Erst durch die Annahme des Darlehnsantrages und die Auszahlung des Darlehns, durch die Mitwirkung des Finanzierungsinstituts also, kommt der Kauf zustande. Erheblich ist daher für die Anwendbarkeit des AbzG nicht, ob sich das Finanzierungsinstitut und der Verkäufer zwecks Kaufpreisfinanzierung zusammengeschlossen haben, sondern ob das Finanzierungsinstitut den Kredit einem bestimmten Käufer zur Anschaffung eines bestimmten Gegenstandes gewährt³⁾; denn unter einem Abzahlungskauf versteht man eine "vertragliche Vereinbarung inhalts derer der Übergang des Eigentums an einer beweglichen Sache bezweckt wird, wobei die zu übertragende Sache sofort in den Besitz des Erwerbers übergeht, während das Äquivalent vom Erwerber in Raten zu zahlen ist"⁴⁾. Der gleiche Zweck wird aber gerade auch bei einem Anschaffungsdarlehn erreicht.

1) Im Ergebnis ebenso OLG Stuttgart, aaO.; Weitnauer JZ 1968, S. 202; Schönle NJW 1968, S. 475; Schopp, Rechtspfleger 1965, S. 217 ff; a. A.: Möllers, NJW 1967, S. 1786

2) Auch der BGH (Bd. 47, 256) ist hiervon abgegangen und stellt nunmehr auf den inneren Zusammenhang ab; vgl. hierzu kritisch Möllers NJW 1967, 1785

3) Ebenso OLG Stuttgart NJW 1968, 2017

4) BGHZ, Bd. 15, 172

Auch die Tatsache einer unmittelbaren Auszahlung des Darlehns an den Kreditnehmer schließt die Anwendbarkeit der §§ 1 - 5 AbzG nicht aus¹⁾; zwar könnte es sich dem äußeren Anschein nach um einen Personalkredit handeln; hiergegen spricht jedoch, daß sich das Finanzierungsinstitut den gekauften Gegenstand zur Sicherung hat übereignen lassen. Die Überweisung an den Verkäufer erfolgt somit zur zahlungstechnischen Erleichterung, um sicherzustellen, daß der Käufer mit dem Kredit auch einen bestimmten Gegenstand finanziert.

Bei einem Anschaffungsdarlehn kann die Bank ferner nicht auf die 3 - 5 % der Darlehnssumme zurückgreifen, die sie bei einem B-Geschäft i. d. R. auf ein Sperrkonto des Verkäufers einbezahlt.

In Höhe dieser Summe steht sie bei einem Ausfall des Verkäufers ungesichert da. Doch auch dieser Umstand ist nicht erheblich genug, um den Ausschluß des Abzahlungsgesetzes zu rechtfertigen; denn entscheidend ist eben nicht, welche zusätzlichen Sicherungsvorkehrungen die Bank noch trifft, sondern allein, ob sie die Darlehnsforderung durch die Übereignung des Kaufobjektes an sich selbst sichert.

Zuletzt ist noch zu untersuchen, ob einer solchen Ausdehnung des AbzG nicht elementare Interessen der Bank entgegenstehen. Dies wird man verneinen müssen, denn die Bank hat die Möglichkeit, einen reinen Personalkredit oder aber ein Anschaffungsdarlehn zu gewähren, in der Form, daß sie auf die Sicherungsübereignung verzichtet. Läßt sich hingegen die Bank bei einem Anschaffungsdarlehn die gekaufte Sache zur Sicherung übereignen, so muß sie damit rechnen, daß die Folgen des § 5 AbzG eintreten, sobald sie sich den Gegenstand herausgeben läßt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, daß auf ein Anschaffungsdarlehn gemäß § 6 AbzG die Vorschriften des AbzG Anwendung finden.

1) Nicht in allen Fällen wird der Kredit auch unmittelbar an den Käufer ausbezahlt; vgl. S. 95, Fn. 2

II. 1. Das Recht des Darlehnsnehmers, sich bei einem Anschaffungsdarlehn auf Mängel des Kaufvertrages zu berufen

Ein anderes Problem, das mit dem AbzG nichts zu tun hat, besteht darin, ob sich der Käufer bei einem Anschaffungsdarlehn gegenüber dem Darlehnsanspruch der Bank auf die Mängel des Kaufvertrags berufen kann. Bei dem B-Geschäft wurde dieses Problem auf Grund der zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut bestehenden Interessengemeinschaft gelöst. Zu prüfen ist daher, ob auch bei einem Anschaffungsdarlehn der Verkäufer und das Finanzierungsinstitut eine Interessengemeinschaft bilden. Die Interessengemeinschaft zeichnet sich durch die Gleichrichtung der Interessen aus; die Gleichrichtung ergibt sich aus dem zwischen dem Verkäufer und dem Finanzierungsinstitut bestehenden gravierenden Kontakt¹⁾. Bei einem Anschaffungsdarlehn sind der Verkäufer und das Finanzierungsinstitut i. d. R. einander unbekannt. Das Finanzierungsinstitut hat auch kein Interesse daran, mit dem Verkäufer zwecks Finanzierung des Kaufpreises zusammenzuarbeiten. Auch durch den Käufer wird kein "gravierender Kontakt" hergestellt, denn dieser verhandelt aus eigener Initiative und aus eigenem Entschluß mit dem Finanzierungsinstitut zwecks Abschluß eines Darlehnsvertrages. Damit muß auch das Bestehen einer Interessengemeinschaft verneint werden, mit der Folge, daß sich der Käufer bei einem Anschaffungsdarlehn gegenüber dem Darlehnsrückforderungsanspruch des Finanzierungsinstituts nicht auf die Mängel des Kaufvertrages berufen kann.

1) Vgl. S. 75 f.

Literaturverzeichnis

- | | |
|----------------------|---|
| Aubele, Raimund | Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, 2. Aufl., München und Berlin 1951 |
| Ballerstedt, Kurt | Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151, 501 ff. |
| Capeller, Rupert | Besprechung des Buches: M. v. Bieberstein, "Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung" BB 1960, 375 |
| Crisolli-Ostler | Abzahlungsgesetz, 5. Aufl., Berlin 1958 |
| Daum, Werner | Der BGH zum finanzierten Abzahlungskauf - zugleich ein Beitrag zur culpa in contrahendo, NJW 1968, 372 |
| de Boor, Hans-Otto | Die Kollision von Forderungsrechten, Berlin, Wien 1928 |
| Dempewolf | Besprechung des Buches: Elmar Möllers, "Teilzahlungsfinanzierung", NJW 1958, 215 |
| Diederichsen, Uwe | Die Haftung des Warenherstellers, München, Berlin 1967 |
| Doehring, Carl | Stagnation im Kleinkreditgeschäft, TW 1962, 75 |
| Düringer-Hachenburg | Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, Kommentar, 3. Aufl., 1930-1935, Bd. II, 1, Allgemeine Einleitung, Das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Rechts, erläutert von Geiler, Rd. Nr. 441 ff. zit.: Düringer-Hachenburg-Geiler Rd. Nr. |
| Enneccerus-Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., 1958 (Zit.: Enn.-L.) |
| Enneccerus-Nipperdey | Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband, Tübingen 1959; 2. Halbband, Tübingen 1960 |

- Esser, Josef Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil
3. Aufl. 1968, Karlsruhe, zit. Esser I
Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil,
3. Aufl., 1969, Karlsruhe, zit.: Esser II
- Esser, Josef Das Verhältnis von Kaufvertrag und Dar-
lehnsvertrag beim B-Geschäft des finanzier-
ten Teilzahlungsgeschäftes, S. 87 - 126
in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern,
Tübingen 1968 zit.: Esser, Festschrift
- Ewald, Hans Das geltende Abzahlungsrecht und seine
Reform, Köln 1956
- Ewald, Hans Abzahlungsverkäufe MDR 1955, 69
- Fikentscher, Wolfgang Die Interessengemeinschaft, Köln, Berlin,
Bonn, München 1966
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
2. Bd., Berlin, Heidelberg, New York
1965
- Frotz, Gerhard Der Schutz des gewährleistungsberechtigten
Abzahlungskäufers beim B-Geschäft,
JZ 1963, 532
- Giffhorn II, D. Th. Teilzahlungsgeschäft und Finanzierungs-
bank MDR 1954, 258
- Giffhorn II, D. Th. Anmerkung zu dem Urteil des LG Braun-
schweig vom 24. 6. 1954, MDR 1954, 611
- Haussmann, Fritz Grundlegung des Rechts der Unternehmungs-
zusammenfassung, München, Berlin, Leip-
zig 1926 zit.: Haussmann, Grundlegung
- Haussmann, Fritz Die Praxis des Rechts der Unternehmens-
zusammenfassungen; 2. Teil; 1932, Mün-
chen, Berlin, Leipzig. zit.: Haussmann,
Praxis
- Hueck, Götz Der Grundsatz der gleichmäßigen Behand-
lung im Privatrecht, München, Berlin
1958

- Ihering, Rudolf Iherings Jahrbücher, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Jena 1871, Bd. X
- Klaas, Christoph Die Risikoverteilung bei neuen Finanzierungsmethoden, NJW 1968, 1502 ff
- Klauß, Herbert Abzahlungsgeschäfte, Stuttgart und Köln 1950
- Klausing, Friedrich Der Krediteröffnungsvertrag, in: Deutsche Landesreferate zum 1. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Haag, Berlin, Leipzig 1932 (Zeitschr. für Ausländisches und Internationales Privatrecht)
- Köster, Heinz Die Rechtsstellung des Käufers bei dem Kundenfinanzierungsgeschäft, Diss. Köln 1958
- Krämer, Willy Strukturwandlungen des Konsumentenkredits im Spiegel der Statistik, Sparkasse 1960, 367
- Krauss, Ernst Martin Das Rechtsverhältnis von Kaufvertrag und Darlehnsvertrag beim sog. B-Geschäft, Diss. Kiel 1965
- Langen, E. Probleme der Interessengemeinschaft, Leipzig 1929
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967; zit.: Larenz AT
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1968 (zit.: Larenz I) Besonderer Teil, 9. Aufl., 1968 (zit.: Larenz II), München und Berlin
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
- Larenz, Karl Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl., München, Berlin 1963

- Lehmann, Heinrich Die Sicherung von Kundenkrediten, Vortrag in Heft 26 der Schriftenreihe der Jur. Stud. Gesellschaft, Karlsruhe 1956
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966
- Leonhard, Franz Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1. Bd., München und Leipzig 1929
- Mark, Alfons Teilzahlungskreditgeschäft und Absatzfinanzierung beim Teilzahlungsgeschäft, Diss. Würzburg 1956
- Marschall v. Bieberstein, Wolfgang Freiherr Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung, München, Berlin 1959
- Medicus, Dieter Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, 209
- Meyer-Ladewig, Jens Die Stellung des Finanzierungsinstituts zum Verkäufer beim finanzierten Abzahlungskauf, MDR 1962, 446
- Meyer-Ladewig, Jens Typische Darlehnsbedingungen der Teilzahlungsbanken und ihre Rechtswirksamkeit, MDR 1963, 170
- Mohr, Herrmann Das Recht der Interessengemeinschaften, Diss., Heidelberg 1940
- Möllers, Elmar Teilzahlungsfinanzierung, Rechtsformen und Rechtsfragen, München und Berlin 1957 (Diss. Münster 1959), zit.: Möllers TF
- Möllers, Elmar Recht der Teilzahlung, HTzW, S. 467 - 571, zit.: Möllers HTzW
- Möllers, Elmar Der Mängel einwand in der Teilzahlungsfinanzierung NJW 1963, 470
- Möllers, Elmar Der Bundesgerichtshof zur Teilzahlungsfinanzierung NJW 1967, 1782

- Mormann Die neuere Rechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichtshofs, zum Abzahlungsge-
setz WM 1965, 834
- Mück, Herbert Die Gewährleistungsansprüche des Käufers
beim finanzierten Abzahlungsgeschäft (B-
Geschäft) in der Dogmatik des Bürgerlichen
Rechts, Diss., Münster 1964
- Mühlhäuser, Hans Einkaufsfinanzierung - Verkaufsfinanzierung,
MDR 1955, 148
- Pagendarm Das finanzierte Abzahlungsgeschäft,
WM 1967, 434
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 27. Aufl.,
München, Berlin 1968 (zit. Palandt - Be-
arbeiter)
- Petermann, Gerhard Abzahlungsgeschäfte mit Zwischenfinanzie-
rung, Rechtspfleger 1955, 148
- Petermann, Gerhard Probleme der Teilzahlungsfinanzierung,
Rechtspfleger 1958, 76
- Rautmann, Hans-Günther Der Abzahlungsverkehr, seine Finanzierung
und Sicherheit, Berlin 1930
- Rother, Werner Besprechung des Buches von Köpcke "Ty-
pen der positiven Vertragsverletzung",
AcP 1967, 84
- Rother, Werner Haftungsbeschränkung im Schadensrecht,
München und Berlin 1965; zit.: Rother,
Haftungsbeschränkung
- Rudolph, Hans-Herrmann Die Drittfinanzierung beim Abzahlungskauf,
Diss., Göttingen 1960
- Rühl, Helmut Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft
einschließlich des Rechts der Teilfinanzie-
rung, Berlin 1930
- Scheer, Herbert Absatzfinanzierung, unveröffentlichtes Pri-
vatgutachten v. 29. 10. 1955 (Hannover)

- Schlegelberger Komm. zum HGB, Bd. I, Berlin, Frankfurt 1960; zit.: Schlegelberger - (Bearbeiter)
- Scholz, Franz Josef Finanzierungsinstitut = Abzahlungsverkäufer? TW 1960, 53
- Schönle, Herbert Offene Fragen im Recht der Teilzahlungsfinanzierung, NJW 1968, 475
- Schopp Die Kundenfinanzierung im Teilzahlungsgeschäft, Rechtspfleger 1965, 127
- Schoreit, Armin Der Finanzierungsvertrag bei der Teilzahlungsfinanzierung, Diss., Kiel 1959
- Schott, Herbert Der Rechtszustand in der Teilzahlungsfinanzierung, Diss., Köln 1963
- Schubert, Werner Deutsches Kaufrecht, Berlin 1937
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, I. Bd., 9. Aufl., Stuttgart 1959, II. Bd., Berlin, Köln, Mainz 1967; zit.: Soergel (Bearbeiter)
- v. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allg. Teil, Berlin 1957
- v. Staudinger Bd. II, 4. Teil, Lieferung 1 (zit.: Staudinger-Bearbeiter), 11. Aufl., 1961
- v. Staudinger Bd. II, Teil 1 b, § 242 BGB, 11. Aufl., 1961 (zit.: Staudinger-Bearbeiter)
- Stock, Hans-Joachim Die rechtliche Gestaltung der Abzahlungsgeschäfte, Diss., Köln 1957
- Strack, Ditmar Die Rechtsstellung des Kunden im Teilzahlungskreditgeschäft, Diss., Göttingen 1955
- Temp, Gisela Die hauptsächlichen Einwendungen des Käufers beim Teilzahlungskreditgeschäft gegenüber dem Finanzierungsinstitut, Diss., Mainz 1960

- Vogelmann, Max Rechtsformen der Teilzahlungsfinanzierung, Diss., Tübingen 1966
- Walther, Jürgen Die Rechte des Käufers aus seinen Beziehungen zum Verkäufer gegenüber einem Finanzierungsinstitut insbesondere beim B-Geschäft, Diss., Köln 1961
- Weitnauer, Herrmann Neue Entscheidungen zum Abzahlungsrecht, JZ 1968, 202
- Wendt, Herbert Anmerkung zu LG Hamburg, MDR 1958, 163
- Wendt, Herbert Mängelrügen beim Abzahlungsgeschäft, MDR 1962, 943
- Wieacker, Franz Festschrift für Nipperdey (1965), Bd. I, S. 783 ff
- Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd., 9. Aufl., 1906, bearbeitet von Kipp, Frankfurt a. M.
- Wolf, Ernst Anleitung zum Lösen zivilrechtlicher Fälle, JuS 1962, 101 f
- Würdinger, Hans Theorie der schlichten Interessengemeinschaften, im 1. Beiheft der ZHR 1934
- Wüst, Günther Die Interessengemeinschaft, ein Ordnungsprinzip des Privatrechts, Frankfurt a. M., Berlin 1958
- Zumschlinge, Konrad Einwendungen aus dem Kaufvertrag und die Bedeutung der Nichtigkeit desselben in den verschiedenen Systemen des Abzahlungsgeschäftes, dargestellt unter Zugrundelegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Radiowirtschaft, Diss., Würzburg 1959

Abkürzungsverzeichnis

AbzG	Gesetz, betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
BB	Der Betriebsberater (Band, Seite)
Betr.	Betrieb (Jahr, Seite)
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
HTzW	Handbuch der Teilzahlungswirtschaft, herausgegeben vom Wirtschaftsverband für Teilzahlungsbanken e. V., Frankfurt 1959
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KG	Kammergericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindemaier, Möhring u. a. (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr, Seite)
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger (Jahr, Seite)
Seuff A	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte (Band, Nummer)
TW	Die Teilzahlungswirtschaft, unabhängiges Fachblatt für Teilzahlungsfragen (Jahr, Seite)
WM	Wertpapiermitteilungen (Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht

Im übrigen werden die allgemein gebräuchlichen Abkürzungen verwendet.

Lebenslauf

Ich bin am 17. 4. 1941 als Sohn des Kaufmanns Herbert Tscheuschner und seiner Ehefrau Helene, geb. Heidbreder, in Wilhelmshaven geboren. Nach dem Besuch der Volksschule und des Max-Planck-Gymnasiums in Bielefeld legte ich im Februar 1961 die Reifeprüfung ab. In der Folge studierte ich in Göttingen, Freiburg, Lausanne und München Rechtswissenschaft. Im August 1966 bestand ich in München die erste juristische Staatsprüfung. Seit Oktober 1966 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.

